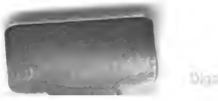
ANNALEN DER GROSSHERZOGL. BADISCHEN GERICHTE: IN VERBINDUNG MIT ANDEREN...



Decis. 2m Crumlaw

4o



Annalen

der

Großherzoglich Badischen Gerichte.

Unter Mitwirkung

der Herrn Oberhofgerichtsräthe **Betzinger**, **Brauer**, **Dr. Roßhirt**, **Selb**, des Herrn Kreisgerichts-Directors **Dr. Puchelt**, des Herrn Oberstaatsanwalts **Haager** und **v. Hillern**, der Herrn Kreisgerichtsräthe **v. Blittersdorf**, **Eisen** u. A.

Herausgegeben

von

L. Stempf,
Oberhofgerichtsrath in Mannheim.

Vierunddreißigster Band.

Mannheim.
Verlag von J. Bensheimer.
1868.



Register
zum XXXIV. Band (1868) der Annalen.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Erläuterungen

a) des Landrechts.

b) des Landrecht-Anhangs.

c) des Handelsgesetzbuchs.

d) der Wechselordnung.

e) der bürgerl. Prozeßordnung.

f) des Strafgesetzbuchs.

g) der Strafprozeßordnung.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 1.

1.

1) Die unzuläſſige Häufung direct ſich widerſprechender Klaggründe berechtigt nicht zur Verwerfung der ganzen Klage, ſondern nur zur Nichtberückſichtigung der dem erſten Klaggrunde widerſprechenden weiteren Begründung der Klage.

Der Privatverkauf einer Liegenſchaft des Schuldners kann deſſen Gläubiger ſelbſt dann benachtheiligen, wenn der Kaufpreis dem Werthe derſelben entſpricht.

2) Der Gläubiger, welcher einen von ſeinem Schuldner abgeſchloſſenen Vertrag wegen Gefährdung ſeiner Rechte anficht,

L.R.S. 1167,

macht nicht Rechte ſeines Schuldners geltend, erſcheint mithin nicht als deſſen Stellvertreter, kann daher über jenen Vertrag den Haupteid zuſchieben.

3) In Handlungen, womit der Gläubiger verſucht, ſich die Wirkungen eines von ſeinem Schuldner abgeſchloſſenen Vertrags zum Zweck ſeiner Befriedigung zu Nutzen zu machen, kann ein Verzicht auf ſpätere, durch die Erfolgloſigkeit jenes Verſuchs gebotene Anfechtung jenes Vertrags nicht gefolgert werden.

4) Die in L.R.S. 1341 im öffentlichen Intereſſe allgemein angeordnete Beſchränkung der Zuläſſigkeit des Zeugenbeweiſes kann nicht im einzelnen Falle durch Privatwillkühr der Parteien beſeitigt werden.

In Sachen

des Handelsmanns Salomon Iſaak von Gondelsheim, Klägers, Appellaten, Oberappellaten, Adhärenten

gegen

den Landwirth Franz Bickel und deſſen Ehefrau Karoline geb. Emmerich und die Erben des Moſes Flegenheimer von Odenheim, Beklagte — letztere Appellanten, Oberappellanten, Adhäſen,

Abtretung von Liegenſchaften und Forderung betreffend.

Entſcheidungsgründe

zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 21. November 1867:

Was die Beanſtandung der Zuläſſigkeit der Klagenhäufung betrifft, ſo können zwar direct ſich widerſprechende Klaggründe nicht in dem nämlichen Klagvortrage vereint geltend gemacht werden; allein ein ſolcher Fehler in der Klagaufſtellung hat nicht die Unſtatthaftigkeit der ganzen Klage zur Folge, ſondern bewirkt nur, daß die dem erſten Klagfundamente beigefügten weitern Klagbegründungen nicht zu berückſichtigen ſind, weßhalb die vorliegende Klage, ſoweit dieſelbe in erſter Reihe darauf geſtützt wird, daß der fragliche Liegenſchaftsverkauf nur zum Schein vorgenommen worden ſei, um dem Kläger Vollſtreckungsobjecte zu entziehen, aufrecht erhalten werden muß.

Dieſer Klage gebricht es auch keineswegs an der dazu erforderlichen Vorausſetzung, daß der Kläger durch den angeblich eingegangenen Vertrag in ſeinen Rechten wirklich beeinträchtigt worden iſt. Denn wenn auch nach der erhobenen Schätzung die verkauften Liegenſchaften keinen größern Werth haben ſollten, als der in jenem Vertrag bedungene Kaufpreis beträgt und dieſer durch die Befriedigung bevorzugter Gläubiger gänzlich abſorbirt wurde, ſo liegt eine Benachtheiligung des Klägers immer noch darin, daß ihm durch den Privatverkauf von Liegenſchaften, wenn ſolcher zu Recht beſtünde, unmöglich gemacht wird, zu gelegener Zeit eine öffentliche Verſteigerung der Kaufobjecte zu veranlaſſen und dadurch einen, mindeſtens zur theilweiſen Bezahlung ſeiner unbevorzugten Forderung hinreichenden Erlös zu erzielen, ſowie auf die

Früchte, welche die Liegenschaften hervorbringen, im Vollstreckungswege greifen zu können.

Der Beweis der behaupteten Simulation durch Eideszuschiebung kann auf Grund des L.R.S. 1360a und §. 526 der Pr.O. nicht für unzulässig erachtet werden, indem der Gläubiger, welcher, ein von seinem Schuldner vorgenommenes Rechtsgeschäft als erdichtet angreift, nicht als Stellvertreter jenes nach Maaßgabe des L.R.S. 1166, sondern kraft eigenen Rechts auftritt, um sich gegen eine rechtswidrige Täuschung der Contrahenten zu schützen, weßhalb der zum Beweis dieser Thatsache zugeschobene Eid nicht gegen den Inhalt der über das Rechtsgeschäft errichteten Urkunde geht, sondern eine außerhalb ihres Inhalts liegende Thatsache, nämlich jene unerlaubte Handlung zum Gegenstande hat, hinsichtlich welcher aber die Zulässigkeit der Eideszuschiebung nach §. 525 der Pr.O. vergl. mit 1358 keinem Zweifel unterliegen kann rc.

Die zur Entkräftung der Klage vorgeschützte Einrede der Anerkennung des Verkaufs wurde mit Recht für verwerflich erkannt, indem weder aus der Erwirkung eines Vollstreckungsbeschlages und einer richterlichen Zuweisung des betreffenden Theils der Kaufschillingsforderung der F. Bickels Eheleute, noch aus der Annahme der Zahlung von 331 fl. eine Genehmigung jenes Vertrags oder ein Verzicht auf die vorliegende Klage gefolgert werden kann rc.

Die weitere Beschwerde, daß auf den Haupteid erkannt wurde, ohne daß vorher die Abhör der bei der Zahlung von 275 fl. gegenwärtig gewesenen Zeugen angeordnet worden war, erscheint deßhalb als verwerflich, weil rc., selbst wenn beide Theile mit der Abhör einverstanden gewesen wären, die Gerichte hierauf nicht eingehen durften, da das Verbot des Zeugenbeweises in L.R.S. 1341 auf einem öffentlich rechtlichen Interesse beruht, und deßhalb der Privatwille der Parteien über die Zulässigkeit desselben nicht entscheiden kann rc.

Die Anschließungsbeschwerde des Klägers, welche nur den Kostenpunkt zum Gegenstand hat und darin besteht, daß die Verurtheilung in sämmtliche Kosten nicht lediglich von der Ausschwörung, beziehungsweise der Verweigerung des den ersten Klaggrund betreffenden Eides abhängig gemacht wurde, — erscheint als verwerflich, weil der weitere Klaggrund, insoferne er von dem Kläger besonders geltend gemacht wurde, als unstatthaft gar nicht zu berücksichtigen war, die dadurch veranlaßten Kosten also jedenfalls dem Kläger zur Last bleiben.

Red.

2.

Im Falle begangener Rechnersuntreue bewirkt der aus der Dienstcaution des Schuldigen entnommene Ersatz den Wegfall der Freiheitsstrafe.

Str.G.B. §§. 687. 692.

Carl Ferd. Rittershofer von Lahr, welcher bei der Eisenbahnverwaltung zu Kehl als Expeditionsgehülfe angestellt und mit dem Schalterdienste betraut war, ging am 29. Juli 1866 mit einem, die Summe von 300 fl. 58 kr. betragenden Theile der Tageseinnahme flüchtig. Nach wegen Rechnersuntreue gegen ihn eingeleitetem Strafverfahren erkannte die Strafkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg unter dem 16. März d. J.: „Rittershofer sei der Rechnersuntreue im Betrage von 300 fl. 58 kr. für schuldig zu erklären und deßhalb in Berücksichtigung des geleisteten Ersatzes zur Strafe der Dienstentlassung zu verurtheilen." Der Ersatz war aus der bei der großh. Amortisationscasse hinterlegten Dienstcaution, welche 300 fl. und 12 fl. Zinsen hieraus umfaßte, erhoben worden. Eine wegen Berücksichtigung des auf diese Weise bewirkten Ersatzes Seitens der großh. Staatsanwaltschaft zu Offenburg ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom großh. Oberhofgericht unter dem 25. Mai d. J. als unbegründet verworfen. Die oberhofgerichtlichen

Entscheidungsgründe

lauten folgendermaaßen:

„Die Staatsanwaltschaft am großh. Kreis- und Hofgericht Offenburg erhebt auf Grund der §§. 373 Ziff. 7, 375 Ziff. 2 der Str.P.O. Beschwerde gegen das Erkenntniß der Strafkammer, indem sie von der Ansicht ausgeht, daß, da der Ersatz des vom Verurtheilten veruntreuten Betrages nicht von diesem freiwillig, sondern nur mittelst Einziehung der von ihm gestellten Dienstcaution bewirkt worden sei, mit Unrecht und in Folge irriger Auslegung des §. 692 des Str.G.B. von dem Ausspruche einer Freiheitsstrafe Umgang genommen worden sei."

„Die Beschwerde ist indessen unbegründet."

„Indem die erwähnte Gesetzesstelle sagt: „Wird die

Kasse von dem Schuldigen oder von Andern, die dazu nicht rechtlich verpflichtet sind, vor eingetretener Rechtskraft des Straferkenntnisses, durch baaren Ersatz, oder in anderer Weise ganz, oder zum Theil befriedigt, so fällt die nach §. 687 oder §. 690 sonst eintretende Freiheitsstrafe ganz oder theilweise weg," gedenkt sie in Bezug auf die Seitens des Schuldigen selbst bewirkte Befriedigung der Kasse in keiner Weise der von der großh. Staatsanwaltschaft gemachten Unterscheidung zwischen einem freiwilligen nnd einem unfreiwilligen Ersatze, und tritt also der Wortlaut des Gesetzes jener Unterscheidung nicht zur Seite."

„Es ist dies um so bedeutsamer, als das Strafgesetzbuch an andern Stellen, in welchen es an das Abstehen des Thäters von der Vollendung des Verbrechens, sowie an dessen Bestreben, die schädliche Wirkung des verübten Verbrechens aufzuheben, insbesondere an die Wiedererstattung des Entwendeten, die Folge der Verringerung der Strafe knüpft (§§. 117. 118. 152 c. 395), stets der Freiwilligkeit der Handlungsweise als eines Erfordernisses zum Eintritt jener Folge ausdrücklich Erwähnung thut und als bei Abfassung des §. 692 des Str.G.B., da derselbe bezüglich der zu Gunsten des Schuldigen Ersatz leistenden Dritten zwischen einem freiwillig und einem kraft rechtlicher Verbindlichkeit bewirkten Ersatze unterscheidet, man vollen Anlaß hatte, eine Unterscheidung zwischen der freiwilligen und unfreiwilligen Ersatzleistung des freilich stets zu solcher rechtlich verpflichteten Schuldigen aufzunehmen, sofern diese letztere Unterscheidung dem Willen des Gesetzgebers entsprechend gewesen wäre."

„Daß sie aber entschieden nicht im Willen des Gesetzgebers lag, ergibt sich abgesehen von dem bisher besprochenen Inhalte des §. 692 auch aus den Vorarbeiten zu dieser Gesetzesstelle auf das Bestimmteste."

„Man nahm diesen Vorarbeiten zufolge davon Umgang, eine Unterscheidung zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Ersatze in Beziehung auf die Person des Schuldigen zu machen, weil man die Entschädigung der beeinträchtigten öffentlichen Kasse möglichst zu begünstigen, namentlich den Schuldigen durch Zusage des Wegfalls der Freiheitsstrafe (Str.G.B. §§. 687. 403) für den Fall der Ersatzleistung von der Verbergung seines Vermögens abzuhalten suchte, während man andererseits durch Zulassung jener Unterscheidung in Beziehung auf Andere verhüten wollte, daß sich der Schuldige auf Kosten, mithin unter Beschädigung zum Ersatze verpflichteter Dritter von der Freiheitsstrafe befreie. (Landständische Verhandlungen 1839/40 II. Kammer 4. Beil.H. S. 82 — 7. Beil.H., Com.Ber. No. 13 S. 25–27. — 9. Prot.H. S. 92. 93.)" *)

---

*) Im Entwurfe des Strafgesetzbuchs lautete der §. 645: „Wird die Kasse von dem Schuldigen vor eingetretener Rechtskraft des Straferkenntnisses durch baaren Ersatz, oder in anderer Weise ganz oder zum Theile befriedigt, so fällt die im §. 649 gedrohte Freiheitsstrafe ganz oder theilweise weg, vorbehaltlich der Strafe der Fälschung oder des Betrugs, wenn der Schuldige zur Verübung oder zur Verbergung der Rechnersuntreue falsche Einnahms- oder falsche Ausgabsbelege gefertigt, oder ächte verfälscht, oder ächte Einnahmsbelege unterdrückt hat." Die Commission der zweiten Kammer bildete hieraus die §§. 645 und 645 a, welche als §§. 692. 693 unverändert in das Gesetzbuch übergingen und fügte den §. 645 b bei, welcher als §. 694 im Gesetzbuche Platz fand. Diese Veränderungen sind in dem vom Abg. Sander über den fraglichen Titel erstatteten Commissionsbericht (No. 13) u. A. mit Folgendem begründet: „Damit übrigens ein Rechner sich nicht auf Kosten Anderer, z. B. seines Dienstbürgen von seiner gerechten Strafe befreie, haben wir ihm nur den Ersatz angerechnet, den er selbst geleistet hat, oder den andere nicht dazu Verpflichtete, also in Beziehung auf sich freiwillig, geleistet haben. Was der dazu rechtlich verpflichtete Bürge leistete, kommt ihm nicht zu gut. — Eine Inconsequenz hinsichtlich des ohnedies auch zum Ersatz des Schadens rechtlich verpflichteten Verbrechers selbst liegt übrigens darin nicht, denn der Verbrecher könnte durch Verbergung seines Vermögens der rechtlichen Verpflichtung leicht entgehen, und eben, um ihn davon abzuhalten, mußte ihm der Ersatz schlechthin zu gut geschrieben werden, ohne daß man bei ihm zwischen einem freiwilligen oder nichtfreiwilligen Ersatz unterscheiden konnte. — Die Begünstigung des Ersatzes des einer öffentlichen Casse veruntreuten Vermögens führte dahin, bei dem Ersatz durch den Rechner auf einen Unterschied der Freiwilligkeit nicht einzugehen. Wenn aber der Rechner mit dem ihm anvertrauten Gelde die Flucht ergreift und nun mit diesem Gelde eingefangen wird, so konnte man doch in diesem Falle keinen Ersatz finden, weil alsdann der Rechner gar nichts dafür gethan, im Gegentheil Alles unternommen hat, um sich das Veruntreute zu sichern. Für diesen Fall war daher die Vorschrift des §. 645 b nöthig, welche dem Rechner das bei seiner Einfangung abgenommene Geld der Casse nicht zum Ersatz zurechnet. Der Ersatz setzt immerhin mehr voraus, daß der Rechner das Vermögen der Casse schon in seinen Nutzen verwendet hat, und nun mehr aus seinem Vermögen es wieder darlegt. Hier hat er aber das mitgenommene, noch bei ihm vorgefundene Vermögen der Casse im Stück noch bei sich und die Wiederabgabe in die Casse ist kein Ersatz, sondern nur eine Wiedereinlieferung des Eigenthums an den Eigenthümer." In der 93. öffentlichen Sitzung des Landtags 1839/40 (19. Mai 1840) beanstandete zunächst der Abg. Kuenzer den §. 645 (jetzt §. 692), weil die darin für den Fall der Ersatzleistung ausschließlich gedrohte Dienstentlassung keine genügende Strafe der Rechnersuntreue, ja vielmehr nur eine Maaßregel zur Sicherung des betreffenden Vermögens

„Bei solcher Sachlage und bei dem Umstande, daß die Dienstcaution ihrer Natur nach, gerade um die Kasse im Falle einer derselben durch Verschulden des Rechners oder Verwalters zugegangenen Einbuße zum Voraus Schadloshaltung zu sichern, geleistet wird, kann es nicht zweifelhaft sein, daß, wenn, wie im vorliegenden Falle, die vom Schuldigen selbst gestellte Caution zur Deckung der Kasse eingezogen und letztere sofort damit befriedigt wird, eine die Freiheitsstrafe nach §. 692 des Str.G.B. ausschließende Ersatzleistung angenommen werden muß."

„Eine Bestätigung dieser Annahme findet sich zum Ueberflusse auch noch im §. 694 des Str.G.B. Indem nämlich der Gesetzgeber eine besondere Bestimmung dahin erließ, daß der dem Schuldigen auf dessen Flucht abgenommenen veruntreute Betrag in Beziehung auf die Strafbestimmung (§§. 687. 692 des Str.G.B.) nicht als geleisteter Ersatz anzusehen sei, somit hervorzuheben für nöthig fand, daß die gegen den Willen des Schuldigen erfolgte Beseitigung des Verlustes der Kasse als Befriedigung derselben mit der Wirkung des Wegfalls der Freiheitsstrafe (Str.G.B. §. 692) nicht betrachtet werden könne, gab er klar zu erkennen, daß in Fällen, wo, wie hier, durch Einziehung einer vom Schuldigen gerade behufs der etwa nöthigen Entschädigung der Kasse zum Voraus hingegebenen Caution ein Verlust der Kasse abgewendet wird, eine Befriedigung im gedachten Sinne (§. 692) für vorhanden zu erachten sei."

„Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen, erkannt." Roßhirt.

---

sei. Der Regierungscommissär Geheimerath Duttlinger entgegnete, daß die Dienstentlassung für öffentliche Verwalter, um die es sich hier allein handle, eine sehr große Strafe sei, die in der Regel in dem Ruine der Familie des Schuldigen bestehe. Duttlinger machte dabei insbesondere auf den Verlust der Rechte aus dem Staatsdienerredikt und der Aussicht auf Beförderung aufmerksam. Sodann bemerkte der Abg. Regenauer unter Bezug auf die Worte „wird die Kasse von dem Schuldigen oder von Andern, die dazu nicht rechtlich verpflichtet sind," Folgendes: „Wie ist es nun aber in dem Falle, wenn der Ersatz aus der vom Verrechner gestellten Dienstcaution geleistet wird? Ich beantworte mir diese Frage nach den Worten des Artikels dahin, daß, wenn die Caution von ihm selbst gestellt ist, ein Ersatz hieraus von der Freiheitsstrafe befreie, daß dagegen die letztere eintrete, wo der Ersatz aus der von Dritten gestellten Dienstkaution erfolgt. Ich finde aber keinen Unterschied zwischen beiden Fällen, und, ich meine darum, es sollte mit der Wirkung des Ersatzes in dem Falle, wo er aus der vom Verrechner selbst gestellten Dienstkaution geleistet ward, ebenso gehalten werden, wie in dem Falle, wo ein Dritter Ersatz leistet, der von Rechtswegen dazu verpflichtet ist." Der Berichterstatter Sander entgegnete: „Auf Kosten eines Dritten wird ihm die Strafe nachgelassen, wenn das Angerechnete von einem Dritten ersetzt wird, während er im anderen Falle durch sein Vermögen sich die Strafe erleichtern, oder sich von der ganzen Strafe befreien kann." Geh. Rath Duttlinger erklärte die Ansicht Regenauers für die wahre juristische und die des ursprünglichen Entwurfes, und bemerkt, finanzielle Gründe hätten die Commission der zweiten Kammer zum Vorschlag des Zusatzes „oder von Andern, die dazu nicht rechtlich verpflichtet sind," bewogen, indem man hierdurch die Ersatzleistung zu befördern gesucht habe. Regenauer erwiederte, Staatsverrechner müßten Caution leisten, es bedürfe keines Nachlasses an der Freiheitsstrafe, um dadurch den Ersatz zu befördern. Staatsrath Jolly entgegnete, die Erfahrung zeige, daß sich untreue Rechner weit größere Summen zugeeignet hätten, als durch ihre Caution gedeckt seien. Sander schloß die Discussion mit der Bemerkung, der Zusatz beruhe auf Rechtsgründen, man könne den mit dem Ersatze verbundenen Vortheil mit Recht nicht Demjenigen zukommen lassen, der nicht aus seinem eigenen Vermögen, sondern aus dem Vermögen eines Andern, der also hierdurch beschädigt werde, Ersatz leiste. Man sieht aus dieser Discussion, daß die von Regenauer als dem Gesetze entsprechend dargestellte, aber de lege ferenda bekämpfte Ansicht über die Anrechnung der Caution als Ersatz, allseits als dem Gesetze gemäß anerkannt, und von Seiten der großh. Regierung und des Berichterstatters vom gesetzgeberischen Standpunkte aus vertheidigt wurde. D. E.

3.

Ueber Auslegung und Anwendung des §. 58 der Str.P.O.

hat sich das großh. Oberhofgericht in den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 7. Sept. 1867,

J. A.S.

gegen

den Schneider Johann Auf von Karsau,

wegen Nothzucht und Unzucht mit einem Kinde,

so eingehend über mehrere, sich häufig wiederholende Beanstandungen der Anzeige der Verletzten ausgesprochen, daß eine Mittheilung dieser Entscheidungsgründe zur Beachtung am Platze sein wird.

„Die in erster Reihe dahin bezeichnete Beschwerde, daß eine Anzeige im Sinne des Gesetzes (§. 338 des Str.G.B.) nicht erstattet worden sei (§. 375 No. 2 der Str.P.O.) erscheint als unbegründet.

Da in dem Bericht des Gendamerie-Brigadier vom 28. Dezember 1866 erwähnt ist, daß derselbe Kenntniß

von der an Pauline Hog verübten That von der Genannten erlangt habe, und also eine Anzeige im Sinne des §. 55 Abs. 2 der Str.P.O. angenommen werden konnte, so war für den Untersuchungsrichter genügender Grund vorhanden, die durch das Verbrechen Verletzte in Gemäßheit des §. 58 der Str.P.O. zu einer ausdrücklichen Erklärung darüber aufzufordern, ob sie die gerichtliche Verfolgung begehre, und wenn man auch bezweifeln könnte, daß die im Protocoll vom 7. Januar v. J. enthaltene Erklärung der Pauline Hog: es sei ihr recht, wenn Johann Auf für seine That bestraft werde, — den Ausdruck des Begehrens der Bestrafung enthalte, so ist jedenfalls in deren Erklärung, welche sie im Protocolle vom 20. März v. J. abgegeben hat, das zur gerichtlichen Verfolgung des Angeklagten erforderliche Verlangen mit aller Bestimmtheit in den Worten enthalten: sie wolle haben, daß Johann Auf gestraft werde; indem hieraus der ernstliche auf dessen Bestrafung gerichtete Wille unzweifelhaft sich ergibt. War hiernach in Folge des §. 58 der Str.P.O. die vom Unterrichter an Pauline Hog gerichte Aufforderung gesetzlich geboten, so kann durch diese Aufforderung, beziehungsweise die deßfallsige Frage nicht, wie die Vertheidigung auszuführen versuchte, eine Gesetzwidrigkeit begangen und es kann auch kein moralischer Zwang für die Bejahung der Frage ausgeübt worden sein, indem die Freiheit der Entschließung von Seite der Pauline Hock dadurch in keiner Weise beeinträchtigt wurde. — Auch die Ausstellung der Vertheidigung, daß die Frage, wie sie vom Untersuchungsrichter gestellt worden, und die darauf erfolgte Antwort deßhalb nicht genügend sei, weil darin das Verbrechen der Nothzucht nicht bezeichnet, sondern statt dessen in vager Weise nur gesagt sei: „ob sie wolle, daß Auf wegen dessen, was er mit ihr gemacht habe, bestraft werde," — sowie die Antwort nur laute: „Ja, ich will es haben," erscheint schon deßhalb als grundlos, weil es dem Untersuchungsrichter zur Zeit, da er die Aufforderung nach Vorschrift des §. 58 der Str.P.O. ergehen zu lassen hat, häufig noch gar nicht möglich ist, zu wissen, ob alle zum Thatbestand eines gewissen Verbrechens gehörigen Erfordernisse vorhanden sind, und eine solche Kenntniß noch weit weniger dem durch das Verbrechen Verletzten zugemuthet werden kann. — Wenn weiter behauptet wird, es gehe aus den Protocollen vom 7. Januar und 20. März d. J. nicht hervor, daß Pauline Hog, vor Abgabe ihrer Erklärung, über die gesetzliche Vorschrift des §. 338 des Str.G.B. belehrt worden sei, so ergibt sich das Gegentheil aus den beiden angeführten Protocollen, indem beidemal beurkundet ist, daß die Frage in Gemäßheit des §. 58 der Str.P.O. an sie gestellt, beziehungsweise sie gemäß §. 58 der Str.P.O. belehrt worden sei, diese Gesetzesstelle aber die „vorgängige Belehrung über die gesetzliche Vorschrift," also im vorliegenden Fall die Belehrung über die Vorschrift des §. 338 des Str.G.B. besiehlt, welche hiernach in der That stattgefunden hat. —

Wenn ferner das Strafverfahren und Urtheil aus dem Grunde als nichtig angefochten wird, weil der Untersuchungsrichter vor der erstatteten Anzeige Untersuchungshandlungen gegen den Angeklagten vorgenommen und ihn damit gerichtlich verfolgt habe, welche Verfolgung sodann von der Raths- und Anklagekammer und dem Schwurgerichtshof bis zur Erlassung des Strafurtheils fortgesetzt worden sei, so geschah allerdings der Beginn der Voruntersuchung mit der Verladung von Zeugen und dem Verhöre des Angeklagten, noch ehe die förmliche Anzeige der Verletzten erfolgt war. Allein da die Voruntersuchung nur Schritte in sich begreift, welche die Hauptverhandlung vorbereiten, diese selbst aber die eigentliche gerichtliche Verfolgung enthält und bei Beginn der Hauptverhandlung die vorschriftmäßige Anzeige erstattet war, auch eine Verurtheilung nicht erfolgte ohne vorhergegangene Anzeige, so erscheint auch dieser Grund als verwerflich.

Endlich wird geltend gemacht, Pauline Hog sei nicht diejenige Person, welcher die Anzeige zustehe, weil sie blödsinnig, aus diesem Grunde entmündigt und für sie ein Vormund aufgestellt worden sei, daher nur dieser Vormund als die zur Anzeige berechtigte Person angesehen werden müsse, da die Entmündigung früher ausgesprochen, als das Strafurtheil gefällt worden sei. Das Thatsächliche dieser Beschwerdebegründung entspricht jedoch nicht dem wahren Sachverhalte, indem ausweislich der vom Untersuchungsrichter gesammelten Erhebungen, Pauline Hog zwar in geringerem Grade geistesbeschränkt erscheint, jedoch ihre Willensfreiheit nicht aufgehoben noch ihr Unterscheidungs- und Erkenntnißvermögen wesentlich geschwächt ist, — daher durch Erkenntniß vom 5. April d. J. auch nicht für entmündigt erklärt, sondern nach L.R.S. 499 nur verbeistandet wurde; der ihr deßhalb bestellte Beistand erscheint hiernach nicht im Sinne des §. 58 der Str.P.O. als ihr

Stellvertreter (m. vrgl. §. 338 des Str.G.B.), sondern soll sie nur bei Vornahme der im L.R.S. 499 bezeichneten Rechtshandlungen durch seine Mitwirkung schützen, wogegen bei Vornahme anderer Rechtshandlungen, insbesondere bei Ausübung des höchstpersönlichen Anzeigerechts, lediglich Pauline Hog nach wie vor ihrer Verbeistandung die allein berechtigte Person ist. Zudem müßte, wenn hiebei auch der Beistand mitzuwirken hätte und man die Bestimmung des L.R.S. 503 in das Strafrecht herübertragen dürfte, die vor der Verbeistandung von der Verletzten selbst ordnungsmäßig gemachte Anzeige jedenfalls als ein giltiger Akt bestehen bleiben, weil die ausnahmsweise von dem Entmündigten geltende Bestimmung des L.R.S. 503 nicht auf den nach L.R.S. 499 blos Verbeistandeten ausgedehnt werden darf. Es stellt sich hiernach auch die in dieser Richtung zu begründen versuchte Beschwerde als hinfällig dar.

Red.

4.

Contocorrent.

Vrgl. Annalen von 1850 No. 39. 44. 59.
1851 „ 27 S. 216.
1858 „ 37 S. 291.
1859 „ 37 S. 153.

Unser Handelsgesetzbuch erwähnt dieses Rechtsinstitut nur in Art. 291, wo bestimmt ist, daß der Saldo einer laufenden Rechnung zinstragend ist, wenn gleich in demselben Zinsen begriffen sind. Es wird dadurch das ältere Verbot, Zinsen von Zinsen zu nehmen, insoweit aufgehoben. In jenem Artikel wird ferner bestimmt, daß der Rechnungsabschluß jährlich einmal geschehen soll, sofern die Partheien nicht etwas Anderes bestimmen. Bei uns besteht die Uebung, die Rechnung halbjährlich abzuschließen; es fragt sich, ob diese Uebung die Stelle einer Verabredung unter den Partheien zu vertreten geeignet ist? Das praktische Interesse dieser Frage besteht darin, daß der Saldo zinstragend ist, daher Zinsen nicht allein von den belasteten Zinsen, sondern auch von der Provision und von kleinen Auslagen, wie z. B. Porti vom Tag des Abschlusses zu laufen beginnen; wird der Saldo schon nach sechs Monaten gezogen, so hat derjenige, welcher im Vorschuß ist, den Vortheil, daß Zinsen, Provision und Porti gleich einem dargeliehenen Kapital schon nach sechs Monaten Zinsen tragen, während sie nach der Bestimmung des Art. 291 erst nach 12 Monaten zinstragend werden sollten, wofern nicht eine Verabredung unter den Partheien etwas Anderes bestimmt hat. Kann nun die Uebung oder der Handelsgebrauch in diesem Fall an die Stelle der ausdrücklichen Verabredung treten? Ich glaube, diese Frage bejahen zu dürfen, weil nach Art. 1135 unseres Civilgesetzbuchs Verträge nicht allein zu dem verpflichten, was ausdrücklich verabredet ist, sondern auch zu dem, was nach Billigkeit, Herkommen oder Gesetzen folgt. Das Herkommen, und zu diesem zählt auch der Handelsgebrauch, gilt daher gleich einer ausdrücklichen Verabredung. In gleichem Sinn sagt Art. 279 des Handelsgesetzbuchs: In Beziehung auf die Bedeutung und Wirkungen von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen. Wenn nun an einem Orte, wo die Uebung besteht, die Contocorrente halbjährlich abzuschließen, Jemand mit einem Andern in laufende Rechnung tritt, ohne eine bestimmte Verabredung über den Zeitpunkt des Abschlusses zu treffen, so ist anzunehmen, daß er sich der an dem Ort des Abschlusses bestehenden Uebung unterworfen hat.

Es besteht ferner die Uebung, daß die Rechnung zur Zeit des Abschlusses von Einem der beiden mit einander in laufender Rechnung stehenden Personen aufgemacht (aufgestellt) und dem andern Theil zur Erklärung zugesendet wird. Falls dieser nun eine Erklärung überhaupt nicht abgibt, so entsteht die Frage, ob daraus eine Anerkennung abgeleitet werden kann? Das Oberappellationsgericht in Lübeck hat diese Frage in einem Urtheil vom 27. Juni 1865 dahin beantwortet: „Bei fortgesetzter Geschäftsverbindung kann mehrmaliges Unterlassen von Reclamationen ein erhebliches Beweismoment für stillschweigende Anerkennung der Richtigkeit empfangener Contocorrente sein; aber eine Pflicht des Empfängers, den zugesandten Contocorrent stets sofort zu prüfen und in bestimmter Frist seine Einwendungen dagegen zu erheben, existirt nicht u. s. w.

Hiernach würde unter gewissen Umständen, wie z. B. bei fortgesetzter Geschäftsverbindung aus dem Unterlassen einer Reclamation gegen den empfangenen Contocorrent eine Gutheißung desselben gefolgert werden können. Viel bestimmter wird diese Ansicht in einem Urtheil des Handelsappellationsgerichts zu Nürnberg vom 18. Septbr. 1865 ausgesprochen: „Wenn bei einer zwischen zwei Kaufleuten bestehenden Geschäftsverbindung

dem Einen Theil der Contocorrent aufgemacht wird und dieser die Geschäftsverbindung fortsetzt, ohne gegen das Saldo-Ergebniß irgend eine Erinnerung zu machen, so muß in diesem Verhalten ein stillschweigendes Einverständniß mit dem ihm bekannt gegebenen Resultat gefunden werden."

Bei uns wird diese Ansicht unterstützt durch Art. 1108 b des Civilgesetzbuchs, wonach eine stillschweigende Einwilligung überall da anzunehmen ist, wo Jemand auf eine zur Annahme reife Erklärung eines Andern solche Handlungen vornimmt, zu welchen er nur unter Voraussetzung der Beistimmung veranlaßt oder berechtigt sein kann. Wer einen Contocorrent erhält, ist dadurch zur Prüfung desselben aufgefordert; wo eine geordnete Buchführung besteht, wird der Aufgeforderte sofort aus seinen Büchern ersehen, ob die ihm übersendete Rechnung mit seinen Büchern übereinstimmt oder nicht — eben darum ist er sofort in der Lage, etwaige Reklamationen geltend machen zu können. Noch mehr: die kaufmännische Buchführung erfordert, daß er die Rechnung ebenfalls abschließt, wodurch sich mit Nothwendigkeit die Uebereinstimmung oder Nichtübereinstimmung mit der ihm zugesandten Rechnung ergibt. Wenn er nun nicht gegen diese Rechnung reclamirt, so darf wohl angenommen werden, daß er keinen Grund zu Reclamationen hat. Setzt er die Geschäftsverbindung fort, und wird er dadurch zu neuen Einträgen in die Bücher, beziehungsweise in die fortlaufende Rechnung genöthigt, so muß ihm bei jedem einzelnen Eintrag die etwa vorhandene Verschiedenheit des Abschlusses, oder wofern er diesen unterlassen hatte, der Mangel des Abschlusses vor die Augen treten. Da nun jeder Kaufmann nach Art. 282 des H.G.B. zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verpflichtet ist, hiezu aber ohne Zweifel die Buchführung gehört, aus welcher die Lage seines Vermögens zu ersehen ist, Art. 28 ibid., was aber nur dann geschehen kann, wenn die Bücher regelmäßig abgeschlossen werden, da ferner eine geordnete Buchführung erfordert, daß neue Einträge in eine laufende Rechnung nach Ablauf der für periodische Abschlüsse festgesetzten Zeit nicht gemacht werden, ehe der Abschluß erfolgt ist, so darf man wohl annehmen, daß derjenige Kaufmann, welcher, nachdem ihm ein Contocorrent zugestellt worden ist, die Geschäfte fortsetzt, ohne Reclamationen zu erheben, dadurch sein Einverständniß mit dem Inhalt des ihm zugestellten Contocorrents zu erkennen gibt.

Diese stillschweigende Zustimmung kann aber begreiflich nicht weiter gehende Folgen haben als die ausdrückliche Zustimmung und es fragt sich daher, welches sind die Folgen der ausdrücklichen Anerkennung eines erhaltenen Contocorrents? Das Gesetz spricht sich nicht positiv, sondern nur negativ und zwar dahin aus: Die Anerkennung einer Rechnung schließt den Beweis eines Irrthums oder eines Betrugs in der Rechnung nicht aus. Art. 294 des H.G.B. Sowie jedes Rechtsgeschäft wegen Irrthum oder Betrug angefochten werden kann, L.R.S. 1109, so auch die Anerkennung einer Rechnung, und wie Jeder, der ein Rechtsgeschäft wegen Irrthum oder Betrug anfechten will, den stattgehabten Irrthum oder geübten Betrug beweisen muß, so auch in unserm Fall. Die Anerkennung hat daher die Rechtsfolge, daß das anerkannte Resultat der Rechnung unter den Parteien als festgestellt gilt, bis es von Einer derselben angefochten wird. Schon daraus sollte sich folgern lassen, daß die Anerkennung einer Rechnung genügt, um darauf eine Klage auf Zahlung des Rechnungsresultats (des Saldo) zu gründen. Dazu kömmt, daß die Anerkennung der von dem Andern aufgestellten Rechnung gerade dieselbe rechtliche Bedeutung hat, wie wenn beide Theile bei Aufstellung und Abschließung der Rechnung zusammengewirkt hätten; denn in dem einen wie in dem andern Fall liegt Einverständniß über den Inhalt wie über den Abschluß der Rechnung vor. Die Abrechnung ist aber, wenn beide Theile dabei zusammenwirken, ein ebenso klagbarer Vertrag wie Kauf, Miethe u. s. w. Wenn nun die Anerkennung einer von dem Andern gestellten Rechnung als Abrechnung anzusehen ist, so muß auch daraus geklagt werden können. Das Handelsappellationsgericht zu Nürnberg hat sich durch Urtheil vom 23. Januar 1864 (Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen in Baiern 2. Band S. 58 u. ff.), das Oberappellationsgericht in München durch Urtheil vom 12. März 1860 (Blätter für Rechtsanwendung Bd. 25 S. 163 u. ff.) für die Zulässigkeit einer solchen Klage ausgesprochen.*) In den Entscheidungsgründen zu dem letztern Urtheil heißt es unter Andern: „Da in einer Abrechnung alle Elemente eines verbindlichen Vertrags vorkommen, so läßt sich derselben die Wirkung einer kräftigen Uebereinkunft nicht versagen,

*) Ebenso das großh. Oberhofgericht in einem Urtheil vom 7. Mai 1851 (Annalen 1851 S. 216).

welche darin besteht, beiden Theilen die treue Erfüllung der auf sich genommenen Verpflichtungen aufzuerlegen." In dem erstgenannten Urtheil wird ausgeführt: „Wenn sich zwei Personen hinsichtlich der zwischen ihnen bestehenden Forderungen und Gegenforderungen berechnen, und auf Grund der gepflogenen Abrechnung einen Saldo auswerfen, so liegt in dieser vertragsmäßigen Verwandlung der bisherigen, auf verschiedenen thatsächlichen und rechtlichen Obligationsverhältnissen beruhenden Forderungen und Schulden in eine neue, als Resultat der früheren Geschäftsverbindung sich darstellende Obligation zur Zahlung des festgestellten Saldo die Aufstellung eines selbstständigen Schuldgrundes; der ausgesprochene Verpflichtungswille der Parteien, indem er sich auf die Berechnung der gegenseitigen Forderungen und ihres Resultats stützt, ist eine vollkommen genügende causa debendi."

Man ersieht hieraus, daß das Handelsappellationsgericht zu Nürnberg in der Abrechnung eine Novation findet, durch welche an die Stelle der alten mannigfaltigen Forderungen und Gegenforderungen eine neue Verbindlichkeit gesetzt wird, welche als Klaggrund für vollständig ausreichend erachtet werden muß. Diese Ansicht ist nicht ohne bedeutende Folgen. So z. B. würden die einzelnen Posten der Rechnung nicht der für sie gesetzlich geltenden Verjährung unterliegen, es würde auch nicht diese Verjährung als durch Anerkennung unterbrochen erscheinen und von dem Tag der Anerkennung von neuem für jeden einzelnen Posten laufen, sondern der auf der Abrechnung beruhende Saldo würde der für dergleichen Forderungen gesetzlich geltenden Verjährung unterliegen. So hat namentlich das Obergericht in Braunschweig den 8. Februar 1858 erkannt. Zeitschrift für Rechtspflege in Braunschweig 6. Bd. S. 65 u. ff.

In den Entscheidungsgründen wird unter Andern hervorgehoben: „Die andere Theorie und Praxis über die Existenz selbstständiger Anerkennungsverträge, wobei es der Specialisirung der ursprünglichen, neu anerkannten Schuld nicht weiter bedarf, sondern das acceptirte Anerkenntniß ein selbstständiges Klagrecht und fundamentum agendi bildet, sind nicht mehr zu bezweifeln." Es wird sich hiefür auf die berühmt gewordene Schrift von Bähr „die Anerkennung als Verpflichtungsgrund" bezogen. Dort wird in den §§. 55 und 56 von der Abrechnung gehandelt und u. A. gesagt (S. 221): „Heutzutage muß dem in der Abrechnung zu Tage tretenden formlosen Vertrag die Bedeutung der Stipulation und zwar der stipulatio debiti beigelegt werden, da ihm ganz dieselbe Natur, die eines Zahlungsversprechens auf den Grund bestehender Forderungen, innewohnt. Dieses Zahlungsversprechen kann bei der Abrechnung ausdrücklich ertheilt werden; es liegt aber auch schon in der vertragsmäßigen Feststellung der Schuld auf den berechneten Betrag." Ferner S. 225: Eine Art der Abrechnung bildet die kaufmännische Saldoziehung. Kaufleute pflegen von Zeit zu Zeit ihren Geschäftsfreunden einen Auszug aus ihrem Contobuch mit der Aufforderung zuzusenden, den Saldo zu Gunsten des Einen oder Andern mit so und so viel anzuerkennen. Findet der Geschäftsfreund den Auszug richtig, so erklärt er brieflich seine Anerkennung — damit ist das Abrechnungsgeschäft vollendet."

Hierher gehört auch ein Urtheil des Spruchcollegs zu Heidelberg vom 26. Juli 1866, das in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht von Goldschmidt und Laband Bd. 10 S. 551 mitgetheilt wird, und worin es u. a. heißt: „Mindestens darf es gegenwärtig als ein durch sichere Quellenzeugnisse begründeter, wie durch die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs unumgänglich erforderter und durch Theorie und Praxis fast ausnahmslos anerkannter Grundsatz bezeichnet werden, daß Abrechnung als genügender Schuldgrund, mindestens für ein Zahlungsversprechen oder ein mit Zahlungsversprechen verbundenes Schuldbekenntniß zu erachten ist, ohne daß, sei es in der Urkunde, sei es in der Klage, die Aufführung und der demnächstige Beweis der einzelnen Posten, welche der Abrechnung zu Grunde liegen, erforderlich ist."

Bezüglich der in der Praxis herrschenden Ansichten werden Urtheile fast sämmtlicher deutscher obersten Gerichtshöfe angeführt (S. 557). Aus Pfeiffers praktischen Ausführungen VIII. 2 geht hervor, daß das Oberappellationsgericht in Cassel bereits im Jahre 1823 so erkannt und seitdem diese Ansicht festgehalten hat. In Bezug auf die theoretische Begründung dieser Ansicht scheint aber noch nicht die gleiche Einigung stattgefunden zu haben. Bähr hält die Frage, ob die Abrechnung eine Novation begründe, von untergeordneter Bedeutung (S. 222). Er rechnet das Abrechnungsgeschäft zu den formellen Verträgen des heutigen Rechts (S. 157), welche dieselbe Wirkung bei uns wie die stipulatio bei den Römern äußern, mithin zu Klagbegründung voll-

ständig ausreichen. Ihm stimmt Arndt's in der kritischen Ueberschau IV. S. 244 bei, indem er sagt: Ist der animus obligandi auf das Ergebniß der Abrechnung wirklich vorhanden, so ist kein Grund abzusehen, warum noch nach einem andern materiellen Verpflichtungsgrund außer dem Willen, die Sache ins Reine zu bringen, zu fragen sein sollte, oder auf die causa debendi der einzelnen Schuldposten zurückgegangen werden müßte. Die Praxis ist hier einem ganz richtigen Gefühl gefolgt; die theoretische Anknüpfung aber scheint Bähr mit Recht in der accessorischen Stipulation (stipulatio debiti) zu finden." Unger „zur Lehre vom Anerkennungsvertrag" (in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik des Privatrechts VIII. S. 216, abgedruckt in der österreich. Gerichtszeitung, Neue Folge, 3. Jahrg. 1866 No. 30—34) sagt in Bezug auf die Abrechnung: „Wenn die Partheien sie gemeinsam vornehmen, dabei jeden Posten prüfen und endlich das Facit ziehen, dann ist es sicher ihre Intention, die Abrechnung endgültig zu machen und die gefundene Differenz als Schuld des Einen gegen den Andern vertragsmäßig festzustellen: es gilt unter ihnen als ab- und ausgemacht, daß die Schuld bestehe, und der Schuldner, der sie zu begleichen (auszugleichen) verspricht, leistet ein wahres Schuldversprechen (promissio, stipulatio debiti)." An einer andern Stelle sagt er: „Es kommt immer nur darauf an, ob die Partheien an eine provisorische Ermittlung oder an eine definitive Feststellung des Guthabens dachten: im Zweifel ist das Letztere anzunehmen. Dies gilt namentlich für Abrechnungen unter Kaufleuten, wobei an der Ernstlichkeit des Willens nicht zu zweifeln ist. Mit Recht sieht man die sog. Saldoforderung als eine selbstständige an, mag man sie nun durch Schulderneuerung (Novation) oder durch Schuldfeststellung (accessorische Stipulation) entstehen lassen." Man ersieht hieraus, daß man im Resultat wohl allgemein einig ist, während ein Schwanken darüber, wie die Abrechnung theoretisch aufzufassen, unverkennbar ist. Das spricht sich auch in dem oben angeführten Urtheil des Heidelberger Spruchcollegs aus: „Abrechnung ist als genügender Schuldgrund zu erachten, und zwar ohne Unterschied, welche Natur im übrigen das Abrechnungsgeschäft in concreto haben mag, da es nach seiner liberatorischen Seite als Compensationsvertrag, Quittung, Erlaß, Vergleich — nach seiner obligatorischen als constitutum, Novation, Vergleich, oder wohl gar als abstrakter Anerkennungsvertrag erscheinen kann. Auch wenn es in letzterer Beziehung nur als constitutum erscheint, darf doch aus diesem geklagt werden.

Hier wird uns eine Reihe von Gesichtspunkten geboten, welche je nach den Umständen des einzelnen Falls maaßgebend sein können; doch müßte sich meines Erachtens der wesentliche Charakter der Abrechnung feststellen lassen. Dazu bietet Endemann eine Handhabe, indem er in §. 125 seines deutschen Handelsrechts sub. IV. die Wirkung der Abrechnung dahin präcisirt, daß die zur Berechnung benutzten Einzelposten durch sie dergestalt consumirt werden, daß sie nicht mehr selbstständig geltend gemacht werden können." Hier wird der eigentliche Zweck der Abrechnung richtig bezeichnet; es kömmt bei derselben darauf an, mannigfaltige ältere Verhältnisse zu beseitigen und ein neues an deren Stelle zu setzen; die älteren Forderungen und Gegenforderungen werden vollständig aufgehoben, denn sie sind in dem Resultat der Abrechnung enthalten. Man kann aus der Abrechnung, auf welcher das Resultat basirt, nicht einen einzigen Posten herausnehmen, ohne das Resultat zu alteriren. Indem die Parteien bei der Abrechnung das Resultat als Norm ihres Verhältnisses feststellen, müssen sie sämmtliche in der Rechnung enthaltene Posten aufgeben, daher sagt Endemann mit vollem Recht, diese werden sämmtlich consumirt. Abrechnung ist daher Novation: an die Stelle vieler älterer Posten und Gegenposten tritt ein neuer, der für die Zukunft allein maaßgebend ist. In §. 144 des angeführten Werkes, wo Endemann von dem Contocorrent handelt, sagt er sub. c:

> „Wird der Saldo anerkannt, so ist die Abrechnung als ein die Einzelposten vollständig absorbirender, den saldirten Betrag als Schuldbestand constituirender Vertragsschluß vollendet."

Als Folgerung aus diesem Satz wird angeführt:

1) Die verrechneten Posten können nicht mehr Gegenstand selbstständiger Geltendmachung sein.
2) Umgekehrt bildet der Saldo den Gegenstand eines neuen selbstständigen Schuldverhältnisses, mithin auch der Klage.
3) Die Saldoforderung wird selbstständig verzinst und verjährt selbstständig.

Uebereinstimmend ist das oben angeführte Urtheil des Handelsappellationsgerichts in Nürnberg vom 23. Jan. 1864. Scheinbar entgegenstehend ist das Urtheil des großh. Oberhofgerichts vom 18. April 1850 J. S. Un-

gerer gegen Gerwig, mitgetheilt in den oberhofg. Jahrb. n. F. Bd. 12 S. 18; doch ist dort unsere Frage nicht direkt entschieden. Dafür das schon angeführte Urtheil des Spruchcollegs in Heidelberg, wo auch die ganze Literatur über unsere Frage angeführt ist. In neuester Zeit hat sich auch Stadtgerichtsrath Wolff in Frankfurt in diesem Sinn ausgesprochen in dem Archiv für Theorie und Praxis Bd. 11 S. 81 — 84.

Dr. Ladenburg.

5.

Ein Vertrag, in welchem dem Käufer gestattet ist, für den Preis der bezogenen Waaren andere Waaren zu einem bestimmten Preise an Zahlungsstatt zu geben, wird durch dieses Geding nicht zum Tauschvertrag.

L.R.S. 1702. 1702 a.

Der Verkäufer darf sein Gesuch ausschließlich auf Zahlung richten.

Dem Verkäufer ist gestattet, jene Bewilligung für künftige Käufe zurückzunehmen.

Diese Zurücknahme wirkt auf die früher abgeschlossenen, zur Zeit derselben noch nicht abgewickelten Geschäfte nicht zurück.

Der Verkäufer, welcher auch für spätere Käufe den Preis noch in Waaren annimmt, verpflichtet sich hierdurch nicht allgemein zur Wiederherstellung des früheren Gedings, sondern übt nur im einzelnen Falle das Recht der Nachsicht.

In Sachen
der fürstlichen Standesherrschaft Fürstenberg, Klägerin, Widerbeklagten, Appellantin, Oberappellatin
gegen
die Handelsgesellschaft Gebrüder Aberle in Mannheim, Beklagte, Widerklägerin, Appellatin, Adhärentin, Oberappellantin,
Forderung betreffend.

In diesem Falle wollte die Beklagte gegen den Willen der Klägerin an einem von dieser zurückgenommenen Vertragsgeding festhalten, wodurch ihr gestattet worden war, die für bezogene Hammerschmiedwaaren bedungenen Preise statt mit baarem Gelde mit Abfallspähnen zu zahlen.

Es ergaben sich dabei Erörterungen über die rechtliche Natur eines solchen Vertrags, über dessen Wirkung auch bezüglich der Verzugszinsen, über Zulässigkeit und Wirkung der Zurücknahme der Uebereinkunft bezüglich der Art und Weise der Zahlung, über die Zeit, von der an die Wirkung der Zurücknahme eintritt, endlich über stillschweigende Wiederherstellung jenes Gedings.

1) Das zwischen beiden Theilen bestandene Rechtsverhältniß war derart gestaltet, daß die Beklagte bei der Hüttenverwaltung Hammereisenbach theils mündlich, theils nach den, ihr vorher mitgetheilten Preislisten schriftlich Waaren um bestimmte Preise bestellte, welche ihr auch mit Facturen von der Verwaltung zugesendet wurden, wogegen die Beklagte der Verwaltung Guß- und Schmiedeisenspähne, über deren Preise beide Theile vorher übereingekommen waren, ebenfalls mit Facturen zuschickte, und die eine wie die andere Contrahentin machte hiernach auch in ihren Büchern der anderen ihre Gutschrift nach Maaßgabe ihrer Empfänge.

Diesen Vertrag wollte der Beklagte als einen Tauschvertrag betrachtet wissen.

Das großh. Oberhofgericht sprach aber in den

Entscheidungsgründen
zum Urtheil vom 12. Juni 1866 aus:

„Mit Unrecht beschwert sich die Beklagte dagegen, daß das zwischen ihr und dem Hüttenwerk Hammereisenbach stattgehabte Rechtsverhältniß von den vordern Instanzen nicht als ein Tausch, sondern als ein Kauf betrachtet worden ist.

Nach L.R.S. 1702 ist nämlich der Tausch derjenige Vertrag, wodurch sich die Parteien einander Waare um Waare geben; das Wesentliche dieses Vertrags ist daher, daß die Sache gegen die Sache hingegeben wird, während der Kauf die Hingabe der Waare für einen bestimmten Preis enthält.

Wenn daher eine Sache um einen bestimmten Preis hingegeben und dem Empfänger derselben zur Pflicht gemacht oder überlassen wird, eine andere Sache, welche ebenfalls einen durch die Uebereinkunft der Contrahenten

im Voraus bestimmten Werthanschlag hat, zu leisten, so kann in einem solchen Falle nicht behauptet werden, daß hier Sache um Sache hingegeben worden sei, somit ein Tauschvertrag vorliege, sondern man muß vielmehr annehmen, entweder es liege von beiden Seiten ein Verkauf vor, oder aber, wenn die letztere Sache auf Rechnung des Preises der Erstern hingegeben wird, es sei von der einen Seite die Waare um einen bestimmten Preis verkauft und dem andern Contrahenten gestattet worden, diesen Kaufpreis in Waaren zu bezahlen, also durch deren Hingabe an Zahlungsstatt — zu tilgen.

Im ganz gleichen Sinne entscheidet auch L.R.S. 1702a diese Frage, wo für den Fall, daß einerseits Waare und andererseits Waare und Geld zugleich gegeben wird, der Vertrag alsdann, wenn die beiderseits hingegebenen Gegenstände mit einem Werthanschlag in dem Vertrag versehen worden sind, nicht als Tausch, sondern als Kauf betrachtet werden soll.

Hier fehlen daher die Voraussetzungen des Tauschvertrags, namentlich auf beiden Seiten die wechselseitige Hingabe von im Voraus festbestimmten Gegenständen; die Beklagte hat vielmehr von der Hüttenverwaltung die betreffenden Waaren um festgestellte Preise gekauft, wogegen ihr gestattet war, diese Preise durch Lieferung von Eisenspähnen, welche ebenfalls ihren vertragsmäßig bestimmten Preis hatten, zu bezahlen.

Ueber die Natur dieses Rechtsverhältnisses hat übrigens die Beklagte selbst anfänglich die gleiche Ansicht getheilt; denn in ihrem Briefe vom 19. August 1856, d. i. dem ersten, welcher von ihr an die Verwaltung nach der ersten mündlichen Uebereinkunft in Hammereisenbach geschrieben worden ist, spricht sie selbst von dem gelegentlich jener mündlichen Absprache gekauften Abfalleisen; und in ihrem Briefe vom 9. September 1857 — dem Antwortschreiben auf den Brief der Verwaltung vom 4. j. M., worin diese die Beklagte ersucht, ihre Lieferungen an Gußspähnen einzustellen, sagt sie selbst, daß sie f. Z. mit Verwalter Dorn dahin übereingekommen sei, für ihre Bezüge an Eisen und Blech, Guß- und Schmiedespähne zu seitherigen Preisen an Zahlungsstatt geben zu können; und in ähnlicher Weise endlich spricht die Beklagte in ihrem Schreiben vom 14. Dezember 1858 davon, daß es ihr angenehm gewesen sei, ein mit dem Hüttenwerk Hausach abgeschlossenes Rechtegeschäft mit dem Hüttenwerk Hammereisenbach auszugleichen, weil dieses laut Uebereinkunft Spähne in Zahlung von ihr nehme.

In diesen Schreiben ist daher von der Beklagten selbst das beiderseitige Rechtsverhältniß thatsächlich so festgestellt, wie es wirklich nach seiner rechtlichen Beurtheilung aufgefaßt werden muß.

Wenn nun auch der später eingetretene Verwalter Hauger, der übrigens das mit Verwalter Dorn blos mündlich abgeschlossene Uebereinkommen gar nicht gekannt zu haben behauptet, in seinen Briefen vom 9. Dezember 1858 und vom 12. April 1859 das fragliche Rechtsverhältniß einen Tauschhandel genannt hat, so erscheint dies als völlig unerheblich, da es auf seine persönliche Ansicht über den Rechtsbegriff dieses Rechtsverhältnisses gar nicht ankömmt, sondern allein nur auf die rechtliche Natur dieses Rechtsverhältnisses selbst."

2) Gegenüber der Behauptung der Beklagten, daß die Klägerin nur zu einem alternativen Gesuch befugt sei, ist ausgeführt:

„Da man nach den eigenen Vorträgen der Beklagten das Rechtsverhältniß nur so auffassen kann, daß derselben wohl das Recht zustand, statt des Kaufpreises auch Eisenspähne um den vereinbarten Preis zur Tilgung desselben zu liefern, mit dieser letztern Verpflichtung aber nicht zugleich ein Recht der Hüttenverwaltung correspondirte, statt des Kaufpreises Eisenspähne zu verlangen, so liegt in der That keine alternative, sondern nur eine facultative Verbindlichkeit der Beklagten vor, und es ist eben deßhalb auch die Klägerin nicht nur vollkommen befugt, sondern allein nur berechtigt, den bedungenen Kaufpreis gegen die Beklagte einzuklagen, und es könnte der Letztern unter Umständen höchstens nur die Wahl zustehen, statt des baaren Kaufpreises Eisenspähne zu liefern."

3) Gegenüber den Beanstandungen der Zinsforderung der Klägerin, ist gesagt:

„Die Beklagte hat nicht behauptet, daß ihr überhaupt Zahlungszieler, und daß ihr namentlich längere Termine als die ihr von der Klägerin bewilligten sechs Monate zur Bezahlung der von ihr gekauften und ihr gelieferten Waaren gestattet worden seien; sie ist daher, da hier unzweifelhaft Handelsgeschäfte vorliegen, nach Ansicht des Anh.S. 109c und L.R.S. 1907a keinesfalls beschwert, wenn die Klägerin das Verfallziel ihrer einzelnen Forderungsbeträge erst 6 Monate nach den von

ihr gemachten jeweiligen Lieferungen festsetzt, und wenn derselben von diesem Zeitpunkte an 6% Zinsen aus diesen Forderungen, insoweit sie nicht durch die Spähnelieferungen der Beklagten getilgt sind, zuerkannt wurden, und es macht hierbei durchaus keinen Unterschied, ob die Beklagte den Kaufpreis baar, oder durch Lieferung von Eisenspähnen an Zahlungsstatt zu tilgen hatte, da auch im letztern Falle die Zahlung am Verfallziel geschehen mußte ꝛc."

4) Ueber die weitere Frage, ob die Beklagte auch jetzt noch befugt sei, ihre Restschuld an die Klägerin durch Hingabe von Eisenspähnen in beiderlei Sorten zu tilgen, ist in den

Entscheidungsgründen

bemerkt:

„Es ist unzweifelhaft, daß die Klägern jederzeit befugt war, ein zwischen beiden Theilen auf unbestimmte Zeit getroffenes Uebereinkommen zu kündigen, also zu erklären, sie wolle für die Folgezeit nicht mehr unter derartigen Bedingungen verkaufen, und sie war hierin natürlich an die Einwilligung der Beklagten nicht gebunden; diese konnte nur verlangen, daß die von ihr unter der Herrschaft jener Uebereinkunft, also vor einer solchen Kündigung eingegangenen Rechtsgeschäfte noch nach den frühern Vertragsabredungen abgemacht werden müßten.

Von jenem Rechte hat aber die klägerische Verwaltung Gebrauch gemacht, indem sie in ihrem Briefe vom 4. September 1857 der Beklagten schrieb, daß sie in Folge eingetretener Veränderungen im Werkbetriebe künftighin für Gußspähne keine Verwendung mehr habe, und die Beklagte daher ihre Lieferungen an solchen einstellen solle, und daß sie auch für die Zukunft nur gröbere schmiedeiserne Drehspähne und sonstiges Altschmiedeisen, aber zu andern als zu den bisher bewilligten Preisen nehmen werde.

Mit diesem Schreiben war somit das ganze bisherige Vertragsverhältniß, namentlich insoweit es sich bezüglich der Beklagten um die Hingabe von Guß- und Schmiedespähnen an Zahlungsstatt handelte, von Seite der Klägerin gekündigt, und die Verwaltung beharrte auch hierauf in ihrer Erwiderung vom 1. October 1857, in welcher sie mit Recht das von der Beklagten in dem Antwortschreiben vom 9. September gestellte, jedenfalls zu weit gehende Verlangen, noch so lange mit ihren Gußspähnesendungen fortfahren zu dürfen, bis die von ihnen mit andern Fabrikanten und Gießereien hierwegen abgeschlossenen Verträge abgelaufen seien, zurückgewiesen hat, im Uebrigen aber auf dem Inhalt ihres Schreibens vom 4. September stehen geblieben ist.

Hiermit hatte also die Verwaltung, der Beklagten gegenüber, ihren bestimmten Willen ausgesprochen, das bisherige Rechtsverhältniß bezüglich der Spähnelieferung der Beklagten aufzuheben, es kann daher das frühere Uebereinkommen auf alle erst nach dem 4. September 1857 unter beiden Theilen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte keine Anwendung mehr finden; diese sind vielmehr als reine und bedingungslose Kaufverträge zu betrachten, woraus folgt, daß insolange nicht ein anderes Uebereinkommen in Mitte getreten, die Klägerin den Kaufpreis in baarem Gelde zu verlangen berechtigt ist.

Da aber unbestritten ist, daß die klägerische Verwaltung auch noch nach dem 4. September von der Beklagten Eisenspähne in einem höheren Betrage angenommen hat, als sich ihre Restforderung auf den 4. September berechnet, so betrifft die jetzt eingeklagte Forderung lediglich solche Lieferungen, welche erst nach jenem Tage von der Klägerin der Beklagten gemacht worden und von dieser daher baar zu bezahlen sind."

5) Die Beklagte berief sich ferner darauf, daß die Klägerin die Bestellungen vom 1. und 26. November 1857 effectuirt habe, obgleich sie in dem ersteren Briefe die Bestellung mit den Beisätzen: „wie bisher" und „wenn wie bisher," in dem letztern aber mit dem Beisatze: „unter seitherigen Conditionen" gemacht habe, und will hieraus ableiten, daß die Klägerin hierdurch stillschweigend dazu eingewilligt habe, daß die früher bestandenen Bedingungen auch auf ihren ferneren Geschäftsverkehr anwendbar sein sollen. Das großh. Oberhofgericht erklärte dies aber nicht als gegründet: „Abgesehen davon, daß die Beklagte schon am 26. September und 6. October 1856 weitere Bestellungen bei der Klägerin ohne allen anderen Vorbehalt, als etwa den, daß jedenfalls die früheren Geschäfte noch auf die bisherige Weise abgewickelt werden müßten, gemacht hatte, daß also die Verwaltung füglich glauben konnte, auch die Beklagte sei der Ansicht, daß nach den klägerischen Schreiben vom 4. September und 1. October das frühere Uebereinkommen auf die späteren Rechtsgeschäfte keine Anwendung mehr finde, so sind auch die erwähnten Beisätze derart unbestimmt, daß daraus die Verwaltung nicht erkennen konnte, daß die

Beklagte hiermit auf das früher bestandene Uebereinkommen zurückzugreifen beabsichtigte, es kann daher aus der Effectuirung dieser Bestellungen eine stillschweigende Einwilligung der Klägerin im Sinne des L.R.S. 1108b zu einem solchen Ansinnen der Beklagten nicht gefolgert werden.

In ihren weiteren Schreiben vom 9. Dezember 1858 und 12. April 1859 macht aber die klägerische Verwaltung der Beklagten nur Vorschläge zur Ausgleichung ihrer Differenzen, welche jedoch, da sie von der Beklagten zurückgewiesen wurden, für die Klägerin niemals bindend geworden sind.

Endlich aber kann daraus, daß die Hüttenverwaltung noch mehr Eisenspähne als sie eigentlich anzunehmen verpflichtet gewesen wäre, von der Beklagten angenommen habe, von der Letztern eine Verpflichtung der Klägerin zur Annahme von weiteren Spähnen nicht abgeleitet werden; denn hierin liegt lediglich eine von der klägerischen Verwaltung geübte Nachsicht, aus der eine rechtsverbindliche Wirkung gegen die Klägerin umsoweniger gefolgert werden kann, als diese während der gleichen Zeit, namentlich in ihren Schreiben vom 28. Dezember 1857 und 10. Februar 1858 die Beklagten wiederholt zur Unterlassung von Spähnelieferungen aufgefordert hatte."

6) Aus diesen Gründen erschien dem großh. Oberhofgericht der Anspruch der Klägerin auf Baarzahlung ihrer Restforderung als wohlbegründet, auch war es der Ansicht, das Appellationsgericht habe, wenn es die Beklagte zu derselben verurtheilt hat, hierdurch nicht über das Klagbegehren der Klägerin erkannt: „Denn wenn auch in dem Klaggesuch — der Beklagten freigestellt worden ist, noch innerhalb zweier Monate, nach Einhändigung der Klage unter den dort gestellten Bedingungen statt Baarzahlung Schmiedespähne zu liefern, und wenn ferner die Klägerin eventuell, nämlich für den Fall, daß das Gericht die Beklagte hiezu berechtigt erachte, sich bereit erklärt hat, jene Lieferung auch noch nach Erlassung des Urtheils anzunehmen, so liegt, wie gezeigt, ein solches Recht der Beklagten nicht vor; — von der der Beklagten durch die Klägerin freiwillig gestatteten Frist hat aber jene innerhalb des Laufs derselben keinen Gebrauch gemacht und die Klägerin ist daher, nachdem jene Frist längst abgelaufen ist, auch an dieselbe nicht mehr gebunden." Red.

6.

Ueber das Verhältniß der Rechtsbefugniß des §. 14 des Gesetzes über die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit — zu dem Rechtsmittel der Beschwerdeführung nach §. 23 und 24 daselbst.

Obige bereits in den Annalen von 1865 S. 191 bis 193 und S. 231 bis 234 in Anregung gebrachte Frage kam unterm 28. Juli 1866 bei großh. Oberhofgerichte in einem Rechtspolizei-Falle bezüglich der Vormundschaft über die minderjährigen Magdalena und Bertha Leber von Birndorf zur Erörterung.

Die Vormünderin dieser Kinder, nämlich ihre zur zweiten Ehe geschrittene Mutter, welcher die Vormundschaft über ihre Kinder erster Ehe gemäß der L.R.S.S. 395 u. 396 unter Mitvormundschaft ihres zweiten Ehemannes belassen worden war, hatte auf Grund des L.R.S. 470 die Freiheit von der Verpflichtung zur Rechnungstellung über diese Vormundschaftsführung — in Anspruch genommen. Das Amtsgericht (Gerichtsnotar) aber hatte mit Beschluß vom 20. April 1866 sie zur Rechnungstellung schuldig erklärt. Die Vormünderin und deren Ehemann hatten gegen diesen Beschluß in einer Eingabe vom 30. April v. J. rechtzeitig Beschwerde an großh. Kreis- und Hofgericht ausgeführt, und um Aufhebung jener amtsgerichtlichen Verfügung gebeten; fürsorglich aber diese Eingabe auch als einen Antrag im Sinne des §. 14 des Gesetzes vom 28. Mai 1864 über die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit erklärt, und sich auf die der Eingabe beigelegte Erklärung der Beiräthe bezogen, welche dort dem letzteren Antrage sich anschlossen. Der Appellationssenat hatte mit Beschluß vom 19. Mai v. J. die Akten an die Staatsanwaltschaft zur Meinungsäußerung und weiteren Amtshandlung mitgetheilt, und nachdem diese ihre Erklärung beigesetzt hatte, daß sie dem amtsgerichtlichen Beschlusse beitrete, und daß damit die Sache ihre Erledigung gefunden habe; so scheint der Appellationssenat diese Ansicht getheilt zu haben, indem er den Beschwerdeführern einfach von der Erklärung des Staatsanwaltes Eröffnung machte und die Sache sohin beruhen ließ.

Auf die gegen diese Behandlung der Sache erhobene Beschwerde der Vormünderin und ihres Ehemannes an das Oberhofgericht, worin namentlich eine Entscheidung des Appellationssenates selbst über die Sa-

che verlangt wurde, indem die Befragung des Staatsanwaltes nur fürsorglich beantragt gewesen sei — wurde von großh. Oberhofgericht unterm 28. Juli 1866 dem großh. Kreis- und Hofgericht Konstanz, Appellationssenat zu erkennen gegeben:

„Nach Inhalt der vorgelegten Akten sowie des Berichtes vom 21. Juni v. J. hat sich der großh. Appellationssenat über den in Frage stehenden Hauptpunkt, ob die A. Schmidt's Eheleute nach Lage der Sache gemäß §§. 23 und 24 des Ges. vom 28. Mai 1864 über die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit befugt sind, die amtsgerichtliche Verfügung vom 24. April v. J. durch Beschwerdeführung anzufechten, und eine Entscheidung des großh. Appellationssenates über ihre Beschwerde zu verlangen, noch nicht durch bestimmte Verfügung ausgesprochen, vielmehr in Folge der Entschließung des großh. Staatsanwaltes vom 30. Mai v. J. die Sache auf sich beruhen lassen, und auf erhobene Beschwerde sich darauf beschränkt, die Akten mit einer bezüglichen Meinungsäußerung, deren Fassung zudem auf Zweifel deutet, hieher vorzulegen. Es wäre daher vor Allem Sache des großh. Appellationssenates, in dieser Hinsicht eine bestimmte Entscheidung zu geben.

Da übrigens gemäß §§. 23 u. 24 des angeführten Gesetzes jedem Betheiligten das Recht der Beschwerdeführung gegen amtsgerichtliche Verfügungen allgemein und ohne Beschränkung verliehen ist, und dieses Recht auch in dem Falle des §. 14, wenn etwa von den dort bezeichneten Personen im Interesse des Mündels eine Befragung des großh. Staatsanwaltes um seine Meinung und in Folge der Entschließung durch letzteren, ein maaßgeblicher erstinstanzlicher Beschluß der Vormundschaftsbehörde herbeigeführt wurde, — jedem in der Sache selbst Betheiligten noch freisteht; so wird die Entscheidung des großh. Appellationssenates sich auf die Sache selbst zu erstrecken haben.

Man überläßt hiernach dem großh. Kreis- und Hofgericht, das geeignete Erkenntniß zu erlassen und den Betheiligten von Obigem Eröffnung zu machen."

Aus dieser Entscheidung in Verbindung mit den deßfalls erstatteten Vorträgen dürfte sich Folgendes ergeben:

a) Das Verfahren nach dem angeführten §. 14 des Gesetzes, und das Rechtsmittel der Beschwerdeführung nach §. 23 u. 24 daselbst sind strenge auseinanderzuhalten.

b) Der §. 14 bezeichnet den Weg, auf welchem die Obervormundschaftsbehörde im eigenen Schooße bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den dort bemerkten Personen sich schlüssig zu machen, d. h. zu einer für sie bindenden Schlußentscheidung zu gelangen hat, was der §. 14, wie auch der §. 19 des Gesetzes als „endgültige" Entschließung bezeichnet — zum Unterschied von dem ersten amtsgerichtlichen Beschluß, bei welchem noch nicht sofort feststeht, ob er wirklich als ein Beschluß der Vormundschaftsbehörde zu gelten habe; man vergl. die Regierungsmotive zum citirten Gesetz, sowie auch §. 65 der Gesch.O. für Gerichtsnotare.

Jenen Personen, welche das Verfahren des §. 14 veranlassen können, steht dagegen, wie auch der eben angef. §. 65 der Gesch.O. für Gerichtsnotare zu erkennen gibt, — das Rechtsmittel der Beschwerdeführung der §§. 23 und 24 des Gesetzes nicht zu. Letzteres Rechtsmittel ist vielmehr nur solchen Betheiligten eingeräumt, welche ein eigenes Interesse neben oder gegenüber dem Mündel geltend machen, §. 24 des Gesetzes; wogegen aber den Betheiligten dieser Art umgekehrt nicht gestattet ist, die Behandlung der Sache nach §. 14 des Gesetzes zu veranlassen. Der §. 91 der Geschäftsordnung für die Gerichtsnotare spricht diesen Unterschied zwischen der einen und der anderen Art der Betheiligten, hinsichtlich der ihnen zustehenden Rechtsbefugniß des §. 14 oder aber der §§. 23 und 24 des Ges. in sehr bestimmter Weise aus.

c) Die Befugniß des §. 14 des Gesetzes steht dem Vormund und den Beiräthen nur dann zu, wenn dieselben wirklich als Organe der Obervormundschaft auftreten, also lediglich in Vertretung des Interesses des Mündels handeln; sobald aber der Vormund oder die Beiräthe ein eigenes Interesse für sich und unterschieden von dem Interesse des Mündels gel-

tend machen, erscheinen sie nicht mehr als Vertreter des Mündels und als Organe der Obervormundschaft, sondern als Selbstbetheiligte, die im Sinne des §. 24 des Gesetzes dem Mündel gegenüberstehen, sie haben also hier nicht die Befugniß des §. 14, sondern nur das Rechtsmittel der §§. 23 und 24 des Gesetzes.

Es kann nun wohl kein Zweifel darüber bestehen, daß wenn, wie im vorangeschickten Falle, die Vormünderin aus ihrer Eigenschaft als Mutter der Mündel eine Befreiung von einer sonst in der Regel für die Vormundschaften bestehenden Vorschrift des L.R.S. 470, des L.R.S. 454 und 455 und dergl. anspricht, sie als Selbstbetheiligte auftritt, also nur das Rechtsmittel der §§. 23 und 24 hat.

Es ist ebenso unzweifelhaft, daß der Vormund, wenn er eine gegen ihn ausgesprochene Ausschließung oder Absetzung vom Dienst — bekämpft, ein Selbstbetheiligter ist, und ihm dabei also nicht die Rechtsbefugniß des §. 14 wie einem Organ der Obervormundschaft, sondern nur das Rechtsmittel der §§. 23 und 24 zustehen kann.

d) Allein deßhalb ist auch in den Fällen der letzterwähnten Art jener Weg des §. 14 des Gesetzes noch nicht durchaus ausgeschlossen, wie die angeführten Aufsätze in den Annal. von 1865 S. 191 bis 193 und 231 bis 34 annehmen. Auch in jenen Fällen liegt immerhin eine Beschlußfassung in einer Vormundschaftssache vor, zu welcher nach dem Landrecht L.R.S.S. 446 und 447 eine Mitwirkung des Familienrathes, und also jetzt der Beiräthe erforderlich ist, §. 2 Ziff. 2 des Gesetzes, §. 46 Ziff. 1, §. 58 und 70 der Geschäftsordnung für Gerichtsnotare; deßhalb muß auch in solchen Fällen für die Beiräthe die Befugniß des §. 14 des Gesetzes bestehen bleiben, da sie dort allgemein für dergleichen Beschlüsse ertheilt, auch in §. 65 der Geschäftsordnung für Gerichtsnotare in dieser allgemeinen Weise ausgesprochen ist.

Daraus, daß in dem §. 70 der Geschäftsordnung für Gerichtsnotare, der von der Absetzung der Vormünder handelt, nichts über die dabei zulässigen Rechtsmittel gesagt ist, — läßt sich selbstverständlich kein Gegenargument entnehmen, indem es hierdurch vielmehr bei den bereits vorhandenen Bestimmungen über diesen Punkt belassen worden ist, und unter diese Bestimmungen, wie bereits oben entwickelt wurde, ebensowohl die des §. 14 als die der §§. 23 und 24 des Gesetzes gehören.

Die bemerkten Aufsätze in den Annalen wollen aber weiter ein Hauptargument für den Ausschluß des Rechtsbehelfes des §. 14 des Gesetzes daraus ableiten, daß in dem §. 56 der Gesch.Ordn. für Gerichtsnotare gegen die Entscheidung des Gerichtsnotars über Befreiung oder Ausschließung von Beiräthen nur das Rechtsmittel der Beschwerdeführung vorbehalten, ein Verfahren nach §. 14 des Gesetzes aber nicht erwähnt werde. Allein es wird dabei übersehen, daß zur Berufung oder Ausschließung von Beiräthen, wovon ja der angerufene §. 56 allein handelt, weder im Landrecht, L.R.S.S. 406. 409 ff. die Mitwirkung des Familienrathes, noch in dem Gesetz vom 28. Mai 1864 §. 11 u. in der Geschäftsordnung für Gerichtsnotare §. 50 ff. die Mitwirkung von — anderen — Beiräthen gefordert, sondern nach den letzterwähnten Bestimmungen die deßfallsige Verfügung lediglich dem Gerichtsnotar überlassen ist, so daß, da hier überhaupt eine Einvernahme von Beiräthen oder des Vormunds gesetzlich nicht erfordert wird, der Fall einer Meinungsverschiedenheit zwischen diesen Personen und dem Gerichtsnotar nicht ins Auge gefaßt zu werden brauchte, also aus diesem Grunde der §. 14 des Gesetzes hier nicht zur Anwendung kommt, und deßhalb auch nicht darauf Bezug genommen werden konnte. Dem Beschluß des Gerichtsnotars steht hier nur die betreffende Person, um deren Befreiung oder Ausschließung von der Stelle eines Beirathes es sich handelt, gegenüber, und diesem Selbstbetheiligten konnte nach dem oben Ausgeführten nur das Rechtsmittel der Beschwerdeführung zukommen, welches daher in §. 56 cit. mit Recht auch allein erwähnt wird.

e) Auch dürfte es nicht richtig sein, wenn in dem mehrerwähnten Aufsatz auf S. 193 der Annalen von 1865 eine Anwendung des §. 14 des Gesetzes

in jenen Fällen ausgeschlossen werden will, wenn der Gerichtsnotar ein Theilungs- oder Vermögensübergabs-Geschäft, bei welchem Minderjährige und dergl. betheiligt sind, hinsichtlich seiner formellen Gültigkeit oder hinsichtlich einer angeblich darin liegenden Benachtheiligung des Minderjährigen ꝛc. beanstandet, §. 2 Ziff. 4 des Gesetzes, §. 89 ff. der Geschäftsordnung für Gerichtsnotare. Denn einmal gewährt §. 91 der letzteren Verordnung den betreffenden Personen ausdrücklich auch für diese Fälle die Befugniß des §. 14 des Ges. Sodann sind Beschlüsse dieser Art offenbar solche Entschließungen in Vormundschaftsangelegenheiten, wozu auch landrechtlich die Mitwirkung des Familienrathes, also jetzt der Beiräthe erforderlich ist, L.R.S. 465. 466. 817. 819. 840 u. s. w. Es können auch ganz wohl über die Richtigkeit einer Liegenschafts- oder Fahrnißabschätzung L.R.S. 824—825, über die Nothwendigkeit eines Fahrnißverkaufs L.R.S. 826, über die Vortheilhaftigkeit einer Verloosung L.R.S. 831 ff. u. dergl. der Vormund oder die Beiräthe anderer Meinung sein, als der Gerichtsnotar. Es ist daher kein Grund ersichtlich, warum in solchen Fällen dem Vormund oder den Beiräthen die Befugniß des §. 14 des Gesetzes entzogen sein sollte.

f) Was nun aber das Verhältniß des in §. 14 des Gesetzes gegebenen Rechtsbehelfes zu dem Rechtsmittel der §§. 23 und 24 daselbst betrifft: so ist vorweg einleuchtend, daß dadurch, daß gewisse Personen in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der Obervormundschaft von den ihnen in §. 14 gestatteten Mittel, um unter Suspendirung des amtsgerichtlichen Beschlusses vorerst eine nochmalige Berathung herbeizuführen, Gebrauch machen, andern ein eigenes Interesse verfolgenden Personen das ihnen im §. 23 und 24 daselbst eingeräumte Rechtsmittel nicht entzogen sein kann; daß vielmehr beide Rechtsbehelfe neben einander bestehen müssen. Man vergl. auch §. 91 der Geschäftsordnung für Gerichtsnotare. Wenn nun der amtsgerichtliche Beschluß auf einen nach §. 14 des Gesetzes erfolgten Antrag durch die Billigung des Staatsanwaltes seine Geltung behält, so wird einfach dem Gegenbetheiligten nun dennoch die Ausführung des Rechtsmittels der Beschwerdeführung nach §. 23 an den Appellationssenat freistehen. Wenn dagegen auf einen solchen nach §. 14 des Gesetzes ergangenen Antrag der Staatsanwalt sich einer eigenen Erklärung enthält und also die Sache an den Appellationssenat gelangen läßt; so wird diese Behörde, wo Gegenbetheiligte vorhanden sind, auch noch abwarten, ob etwa in gesetzlicher Frist auch von diesen die Sache auf dem Wege der Beschwerdeführung dorthin gebracht wird, damit dann die ergehende Aburtheilung sowohl als Verbescheidung des Antrages der Vertreter des Mündels nach §. 14, als auch des Rechtsmittels der Beschwerdeführung des Gegenbetheiligten gilt, während letzteres bezweifelt werden könnte, wenn der Bescheid des Appellationssenates ergehen würde, ohne daß zuvor auch dieser Gegenbetheiligte mit seiner Beschwerdeführung aufgetreten war.

Gegen einen in vorbemerkter Weise ergangenen Bescheid des Appellationssenates würde dann auch keine Oberbeschwerde an das Obergericht mehr stattfinden können, nämlich f[illegible]n außerhalb der Vormundschaft stehenden [illegible]theiligten nicht, weil er bereits einmal [illegible]on dem Recht der Beschwerdeführung Gebrauch gemacht hat, und daher nicht ihm, sondern nur noch dem ihm gegenüberstehenden Betheiligten eine weitere Beschwerde gestattet ist, §. 24 des Gesetzes; ebensowenig aber für die dissentirenden Mitglieder der Obervormundschaftsbehörde, weil auf dem ihnen eingeräumten und von ihnen eingeschlagenen Weg des §. 14 des Gesetzes der Ausspruch des Appellationssenates für sie endgiltig ist.

Eine Oberbeschwerde an das Oberhofgericht bleibt also in solchen Angelegenheiten gemäß §. 23 Ziff. 3 und §. 24 des Gesetzes nur noch in dem Falle möglich, wenn es sich um eine Verfügung des Amtsgerichts (Gerichtsnotars) handelt, welche überhaupt nicht nach §. 14 des Ges. beanstandet, oder welche bei einer Beanstandung kurzweg durch Beitritt des Staatsanwalts in Kraft erhalten wurde.

(Schluß folgt.)

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Februar 1868. Nr. 1.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 1.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Februar 1868.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Dienstag den 4. Februar.	
85	Ilvesheim gegen Kreuzer. — Besitzstörung.	Schenkh. — Barazetti.
126	Fürstenberg gegen Tritschler. — Gewährleistung.	Wedekind. — Esser.
	Donnerstag den 6. Februar.	
127	Ladenburg gegen Güterbesitzer. — Eigenthumsfreiheit.	Wengler. — Grimm.
	Dienstag den 11. Februar.	
81	v. Böcklin gegen v. Böcklin. — Stammgutsergänzung.	Frantz. — Bertheau.
132	Jehle gegen Winkler. — Dienstbarkeit.	Fürst. — Geißmar.
	Donnerstag den 13. Februar.	
134	Hummel gegen Stern. — Vertragsauflösung.	Fürst. — Grimm.
147	Stern gegen Fath. — Pfandstrich.	Bracht. — Fürst.
	Dienstag den 18. Februar.	
133	Aicham gegen Rothschild. — Forderung.	
130	Unadingen gegen Koßbiel. — Besitzstörung.	Geißmar. — Barazetti.
	Donnerstag den 20. Februar.	
131	Leben gegen v. Andlaw. — Röhrenanlage.	Wedekind. — Barazetti.
139	Häußler gegen Rapp. — Forderung.	Geißmar. — Gernandt.
	Donnerstag den 27. Februar.	
145	Schmitt gegen Stern. — Vertragsauflösung	v. Engelberg. — Fürst.
126	Krall gegen Bloch. — Vertragserfüllung.	v. Engelberg. — Esser.

So eben erschien die 3. Lieferung der II. Abtheilung
des

Strafgesetzbuches

für das

Großherzogthum Baden

nebst

Abänderungen und Ergänzungen

mit Erläuterungen

von

Dr. Sigismund Puchelt,

großherzogl. badischem Kreisgerichtsdirector.

Preis eleg. broch. fl. 2.

Mit dieser Lieferung ist dieser von der Kritik äußerst günstig aufgenommene Comentar unseres Strafgesetzbuches vollständig.

Preis elegant geheftet fl. 8. 20 kr.

Da in Folge der neuesten Regierungsvorlagen an die jetzt versammelten Kammern der Landstände die Erlassung der wichtigen Gesetze über

Ministerverantwortlichkeit, Presse, Vereine und parlamentarische Redefreiheit

in sicherer Aussicht steht, so beehre ich mich anzuzeigen, daß sofort nach deren Publikation als

Ergänzungsband zu den Erläuterungen des Strafgesetzbuches

von

Dr. S. Puchelt,

großherzogl. bad. Kreisgerichtsdirector

eine Ausgabe dieser Gesetze mit Erläuterungen von demselben Herrn Verfasser bei mir erscheinen wird. Bestellungen werden bereits von der Unterzeichneten, wie von allen Buchhandlungen angenommen.

Mannheim. Buchhandlung von J. Bensheimer.

Glück's Pandecten-Commentar 46. Theils 1. Abtheilung

aus der Feder des Herrn Reg.-Rath Prof. Dr. Arndts ist soeben erschienen und um 1 fl. 40 kr. rhein. durch jede Buchhandlung zu beziehen. Die 2. Abtheilung folgt in diesem Jahre, vielleicht schon Ostern, während ein Registerband über die Bände 35 — 45 in einigen Wochen veröffentlicht wird. Um der Verbreitung des verdienstvollen Werkes kräftigen Vorschub zu leisten, eröffnete die Verlagshandlung laut durch jede Buchhandlung zu erhaltenden Prospekte eine Subscription, welcher zufolge neben anderweitigen Erleichterungen die früher erschienenen 45 Bände nebst 3 Reg.-Bänden zu 1 fl. rhein. pro Band auf einmal oder in verschiedenen Fristen bezogen werden können, und erlauben wir uns auf diese bereits vielfach gewürdigte sehr billige Ausgabe besonders hinzuweisen.

Erlangen, im Januar 1868.

Palm & Enke.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 2.

(Schluß von Art. 6.)

Denn wenn hier in Folge der Beschwerdeführung eines Selbstbetheiligten der Amtsgerichtsbeschluß von dem Appellationssenat zu Ungunsten des Mündels abgeändert wird, so müßte dem Vertreter des Mündels, welcher hiebei als ein dem ersten Beschwerdeführer gegenüberstehender Betheiligter erscheinen würde, seinerseits noch die Beschwerde an das Oberhofgericht offen stehen. §. 24 des Gesetzes.

g) Wo endlich gar kein bestimmter Gegenbetheiligter dem Mündel gegenübersteht, z. B. wenn es sich darum fragt, ob ein Anleihen für den Mündel aufzunehmen, ob Liegenschaften desselben zu veräußern, ob eine Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen sei und dergl.: da wird bei einer Meinungsverschiedenheit unter den zur Fürsorge für den Mündel berufenenen Personen nur der in §. 14 des Gesetzes bezeichnete Weg offen stehen, dagegen das Rechtsmittel der Beschwerdeführung der §§. 23 und 24 ausgeschlossen sein. Hauptsächlich auf diesem Gebiete wird der §. 14 des Gesetzes im Vergleich mit dem früher bestandenen Rekursverfahren eine Vereinfachung und Abkürzung bewirken, wie der Kommissionsbericht der zweiten Kammer der Landstände sie als Zweck dieser Gesetzesvorschrift hervorhebt.

Betzinger.

6.

Entscheidung des großh. Verwaltungsgerichtshofs über die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden in Fällen, in welchen die Klage den Anspruch aus Verhältnissen des öffentlichen Rechts ableitet.

In der Sitzung des großh. Verwaltungsgerichtshofs vom 17. Dezember 1867 wurde über die Anforderung von Beiträgen zu Sozialausgaben der Gemeinde Spielberg an den Geh. Finanzrath Ehrmann in Karlsruhe verhandelt.

Die fraglichen Kosten rührten theils von dem Gehalt des Bachaufsehers, theils von Reparaturen an den Wiesen-Wässerungs-Einrichtungen auf der Gemarkung Spielberg her, welche auf Anordnung und unter Leitung des Bürgermeisters von Spielberg und des für das ganze Albthal amtlich aufgestellten Bachaufsehers vorgenommen worden waren. Die Gemeinde gründete ihre Klage auf einen mit Staatsgenehmigung versehenen Gemeindebeschluß v. J. 1862, wornach die Wiesenwässerungs-Kosten als Sozialausgaben behandelt und auf die Wiesenbesitzer nach dem Flächenmaß umgelegt werden sollen. Der Beklagte hielt der Klage entgegen, daß der Bürgermeister und der Bachaufseher nicht befugt gewesen seien, die fraglichen Arbeiten anzuordnen, indem dies vielmehr nur allein von dem durch die Wässerungsordnung für Spielberg v. J. 1856 aufgestellten Wiesenvorstand rechtsgiltig hätte geschehen können, — und daß die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Auslagen nicht nachgewiesen sei. Der Bezirksrath Durlach hielt diese Einwendungen nicht für begründet, weil die Wässerungsordnung für Spielberg v. J. 1856 durch die für das ganze Albthal erlassene Wässerungsordnung des Handelsministeriums v. J. 1864 aufgehoben und durch diese die Anordnung der nöthigen Herstellungen in Ermanglung einer Genossenschaftsvertretung — der Gemeindebehörde und dem Bachaufseher oder im Fall einer Meinungsverschiedenheit unter diesen dem Bezirksamt überlassen sei, welchen Behörden es daher auch allein zukomme, die Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit ihrer Anordnungen zu beurtheilen. Der Bezirksrath verurtheilte daher den Beklagten zur Zahlung. Bei der Ausführung des dagegen ergriffenen Rekurses in der mündlichen Verhandlung suchte der Anwalt des Beklagten hauptsächlich geltend zu machen, daß es sich hier nicht um eine Soziallast handle. Eine solche könne nur nach Vernehmung aller Betheiligten, insbesondere auch der staatsbürgerlichen Einwohner und der Ausmärker, bezw. ihres Ausschusses, beschlossen werden. In Spielberg bestehe aber dieser Ausschuß gar

nicht und es seien auch die einzelnen Ausmärker nicht gehört worden. Der bezügliche Gemeindebeschluß könne daher nicht zu Recht bestehen. Die eingeklagte Forderung sei lediglich ein Privatanspruch, gestützt auf nützliche Geschäftsführung, wofür nur die bürgerlichen Gerichte zuständig seien. Der Gerichtshof bestätigte jedoch das bezirksräthliche Erkenntniß. Rücksichtlich der Frage der Zuständigkeit hielt er für entscheidend, daß die Klägerin selbst ihren Anspruch als einen solchen des öffentlichen Rechts, nämlich als eine Umlagenforderung zu Genossenschaftsausgaben (Soziallasten) geltend machte. Die Einwendung gegen die Giltigkeit des Gemeindebeschlusses v. J. 1862 erschien als unbegründet, da bei einer i. J. 1857 angeordneten Wahl des Ausschusses der staatsbürgerlichen Einwohner und Ausmärker kein Wahlberechtigter seine Stimme abgegeben hatte und seither keine neue Wahl beantragt worden war, mithin der Fall vorlag, wo die dem genannten Ausschuß vom Gesetz zugetheilten Rechte ruhen. (§ 7 Verordnung vom 29. November 1844.) Waren aber die Wässerungskosten als Soziallasten zu behandeln, so war auch die Besorgung der Wässerungsangelegenheiten in die Hand der Gemeindebehörde gelegt, und es stellen sich daher auch die übrigen Einwendungen des Beklagten als unbegründet, bezw. unerheblich dar.

(K. Ztg. 1867 Beil. zu Nro. 301.)

7.

Wer bestimmt in Privatanklagesachen, welche Beweismittel in der Urtheilssitzung der Strafkammer zu erheben seien?

Str.P.O. §§. 200. 217—219. 317—328.
Vergl. Annalen XXXI. S. 32 u. ff.
„ „ XXXII. S.S. 102. 105. 319.

Diese Frage hat schon mehrfach zu Meinungsverschiedenheiten Anlaß gegeben. Alsbald nach Einführung der Gesetzgebung des Jahres 1864 entstand hierüber eine Meinungsverschiedenheit zwischen der Raths- und Anklagekammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim einerseits und dem großh. Kreisgerichte Mosbach als Strafkammerabtheilung desselben Kreis- und Hofgerichts andrerseits. Letztres Gericht machte unter Bezug auf §. 20 der Str.P.O. in der Anklagesache gegen L. Endlich von Diedesheim wegen Ehrenkränkung von Amtswegen Vorlage an das großh. Oberhofgericht behufs der Entscheidung des eingetretenen Conflicts. Der höchste Gerichtshof lehnte jedoch, „da ein Streit über die Zuständigkeit zwischen verschiedenen Gerichten (Str.P.O. §. 20) nicht obwalte, vielmehr nur ein Conflict zwischen Abtheilungen eines und desselben Gerichts über die Verpflichtung zur Vornahme einer gewissen Amtshandlung bestehe," die Entscheidung ab. Im letztvergangenen Jahre entstand in der Anklagesache gegen Joh. Mos. Reinhardt von Ziegelhausen wegen Ehrenkränkung über unsere Frage Meinungsverschiedenheit zwischen der gedachten Anklagekammer und dem großh. Kreisgerichte Heidelberg als Strafkammerabtheilung des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim. Der Vertheidiger schlug bei der Raths- und Anklagekammer Urkunden und Zeugen als Entlastungsbeweise vor (Str.-P.O. §. 218). Diese Behörde wies die Entscheidung über den Antrag dem Vorsitzenden der Strafkammerabtheilung zu, welcher die Aburtheilung der Sache überwiesen worden war (Str.P.O. §. 323, §. 18 der Vollzugsverordnung zur Gerichtsverfassung), nämlich den Vorsitzenden des großh. Kreisgerichts Heidelberg. Dieses Kreisgericht in seiner Eigenschaft als Strafkammerabtheilung lehnte aber jene Entscheidung ab, davon ausausgehend, daß nach Str.P.O. §. 317 auch in Privatanklagesachen die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens, sofern nicht die §§. 318—328 ein Anderes bestimmten, Platz zu greifen hätten, daß aber in diesen §§. eine Ausnahme von jenen Vorschriften nicht enthalten sei. Der Vertheidiger führte nun beim großh. Oberhofgericht Beschwerde, indem er bat, dieser Gerichtshof möge bestimmen, wer über seinen Antrag auf Erhebung von Entlastungsbeweisen zu entscheiden habe.

Das großh. Oberhofgericht, erließ unter dem 9. Mai v. J. folgendes Erkenntniß, wodurch es aussprach, daß die Strafkammer, beziehungsweise die betreffende Strafkammerabtheilung über Anträge der fraglichen Art zu erkennen habe.

„In Erwägung, daß nach Str.P.O. §. 317 die Vorschriften des ordentlichen Strafverfahrens auch in Fällen der Privatanklage Anwendung finden sollen, insoweit nicht die §§. 318—328 der Str.P.O. ein Anderes bestimmen;

in Erwägung, daß nun zwar auf dem Gebiete jenes Strafverfahrens den §§. 200. 218. 219 der Str.P.O.

zufolge Anträge des Angeklagten auf Vorladung von Zeugen oder Beibringung anderer Beweismittel zur Hauptverhandlung nach Schluß der Voruntersuchung von der Raths- und Anklagekammer zu verbescheiden sind;

in Erwägung, daß jedoch aus §. 323 der Str.P.O. für Privatanklagesachen mit Sicherheit ein Anderes abzuleiten ist, indem diese Gesetzesstelle für solche Sachen der Raths- und Anklagekammer nur die Feststellung der Gerichtsbarkeit für den einzelnen Fall zuweiset und dabei ausdrücklich bestimmt, daß es eines Verweisungsbeschlusses im Sinne des §. 207 der Str.P.O. nicht bedürfe;

in Erwägung, daß damit die Thätigkeit der Raths- und Anklagekammer in Privatanklagesachen, bei deren besonderer Natur ohnehin die Obliegenheit der Raths- und Anklagekammer, die Zulänglichkeit des Beweises zu prüfen (Str.P.O. §§. 205. 206), hinwegfällt (Str.P.O. §. 318 Abs. 2) — abgesehen von dem Falle einer Beschwerde (Str.P.O. §. 322) — völlig begrenzt ist, welche Begrenzung um so sachgemäßer erscheint, als die, wie vorhin bemerkt, der Raths- und Anklagekammer für das ordentliche Strafverfahren durch die §§. 218. 219 auferlegte Verpflichtung, über Anträge des Angeklagten auf Vorladung von Zeugen und Beibringung anderer Beweismittel zu entscheiden, offenbar im innigsten Zusammenhange mit der Obliegenheit der Beweisprüfung steht;

in Erwägung, daß bei solcher Sachlage, wie in den Fällen der Str.P.O. §§. 306. 367. 393, so auch hier dem mit der Hauptverhandlung betrauten Gerichte auch das Recht und die Pflicht anheimfällt, diese Hauptverhandlung vorzubereiten, mithin auch über Anträge der fraglichen Art zu erkennen;

in Erwägung, daß als solches Gericht im gegenwärtigen Falle die Strafkammer erscheint, deren Thätigkeit durch die Gesetze keineswegs ausschließlich auf die Hauptverhandlung und Aburtheilung beschränkt ist, der im Gegentheile durch den oben angeführten §. 367, wenn auch zunächst für einen besonderen Fall, auch die Vorbereitung der Hauptverhandlung ausdrücklich zugewiesen ist;

in Erwägung, daß dem Bisherigen zufolge die mit Beschluß vom 27. März l. J., No. 1763, von dem großh. Kreis- und Hofgericht Mannheim, Strafkammerabtheilung Heidelberg, ausgesprochene Weigerung, über die Bitte des Angeklagten um Vorladung von Zeugen und Erhebung von Urkunden Entschließung zu fassen, nicht als gerechtfertigt erscheint;*)

---

*) Es entspricht wohl der Natur der Verhältnisse am Meisten, daß das Gericht, welches urtheilt, auch die Hauptverhandlung, auf deren Grund es urtheilt, vorbereite. Die schwurgerichtlichen Sachen machten es indessen nöthig, von dieser Anschauung abzuweichen, weil das Schwurgericht kein ständiges Gericht ist, vor seinem Zusammentreten zur Urtheilssitzung als solches nicht besteht und daher auch nichts vorbereiten kann. Man mußte daher die Vorbereitung schwurgerichtlicher Sachen einer andern Gerichtsbehörde auftragen. Nach §. 86 des Ges. vom 5. Februar 1851 war diese Behörde das „Hofgericht." Nunmehr, nachdem sich in Folge der Gesetzgebung des Jahres 1864 das „Hofgericht" in eine Reihe einzelner Gerichtsabtheilungen aufgelöset hat, wurde jene Vorbereitung durch das Gesetz der Raths- und Anklagekammer übertragen. Sie empfahl sich zu dieser Function auch um deßwillen, weil sie zufolge ihrer Hauptbestimmung, vor unbegründeten Anklagen zu schützen, nicht nur die rechtliche Begründung der Anklage (Str.P.O. §. 206[1. 2. 3]), sondern auch das Gewicht der vorliegenden Beweise zu prüfen hat (Str.P.O. §. 206[4]). War sie einmal mit der Prüfung des Beweismaterials befaßt, so lag es am nächsten, ihr die Bestimmung der Beweismittel, welche in der Hauptverhandlung zur Erhebung gelangen sollten, zu übertragen. Der oben angeführte zwingende Grund, weßhalb man in schwurgerichtlichen Sachen für die Vorbereitung der Hauptverhandlung besondere Vorsorge treffen mußte, lag in kreisgerichtlichen Sachen zwar nicht vor, allein man hatte hier, wo der Raths- und Anklagekammer in der Hauptsache (Str.P.O. 206) ganz dieselbe Function zukam, wie in schwurgerichtlichen Sachen, keinen Grund, von dem, was über die Wahl der Beweismittel bezüglich letztgenannter Sachen bestimmt war, abzugehen. Ganz anders verhält es sich aber in Privatanklagesachen, wo der Raths- und Anklagekammer in der Regel, d. h. abgesehen von dem Falle einer Beschwerde (Str.P.O. §. 322), keine Prüfung der rechtlichen Begründung der Anklage (Str.P.O. §. 321) und noch weniger (Str.P.O. §. 318 Abs. 2) eine Beweisprüfung zukommt, mithin gerade das Eingreifen in das Materielle der Sache, welches die Raths- und Anklagekammer als zur Wahl der Beweismittel vorzugsweise befähigt erscheinen läßt, hinwegfällt. — Dadurch, daß das Gesetz — Str.P.O. §. 323 Abs. 2 — ausdrücklich die Nothwendigkeit eines Verweisungsbeschlusses der Raths- und Anklagekammer für Privatanklagesachen ausschließt, beschränkt es die Thätigkeit dieser Behörde in solchen Sachen auf die Entscheidung der Frage, ob im einzelnen Falle das Amtsgericht oder das Kreisgericht (die Strafkammer) urtheilen solle. Die Einfachheit des Verfahrens, welche für Privatanklagesachen, die ja im Verhältnisse zu Sachen der öffentlichen Anklage als weniger wichtig erscheinen, vom Gesetze sicherlich erstrebt ist, läßt es gewiß als wünschenswerth erscheinen, daß hier nicht zwischen das untersuchende und urtheilende Gericht, lediglich um der Vorbereitung der Hauptverhandlung halber, eine weitere Gerichtsbehörde gestellt werde. Daß die Strafkammer nur urtheilendes Gericht sei, läßt sich nicht nachweisen. Der §. 26 I. der G.V. („In Ansehung der Strafgerichtsbarkeit haben die Kreisgerichte I. als Strafkammern in Versammlung von fünf Richtern diejenigen Strafsachen zu erledigen, welche weder vor die Amts-

aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 412 der Str.P.O. wird die vom Vertheidiger des Angeklagten unter dem 6. April l. J. anher erhobene Beschwerde für begründet erklärt und dem großh. Kreis- und Hofgerichte Mannheim, Strafkammerabtheilung Heidelberg, aufgegeben, auf die vom gedachten Vertheidiger unter dem 7. März d. J. gestellten Anträge in der Sache selbst zu verfügen."

Roßhirt.

8.

Noch einmal:

Der dritte gemeine Diebstahl ist kein eigenes Verbrechen.

Die Wahrnehmung, daß Puchelt in Note 4 zu §. 384 des Str.G.B. den Streit über obigen Satz für noch nicht geschlichtet erklärt, der den oberhofgerichtlichen Entscheidungen zuwiderlaufenden Praxis einiger Gerichtshöfe den Vorzug gibt und Abhilfe nur im Wege der Gesetzgebung für möglich hält, bestimmt mich, der im Jahrgang 1867 (33) No. 13 Ziff. 44 S. 103 gegebenen Zusage entgegen, doch noch einmal einen Rückfall in die Besprechung dieser, allerdings genugsam erörterten Frage zu wagen. Ich möchte nämlich an einem neueren Falle noch einmal zeigen, zu welchen praktischen Folgen das Festhalten an der von dem großh. Oberhofgericht für unrichtig erkannten Theorie führt. Ich bin grundsätzlich nicht im Stande, die redlich gewonnene Ueberzeugung eines Anderen zu mißachten und halte es für großes Unrecht, solche Ueberzeugungen beugen zu wollen, allein ein zähes Festhalten an einer, mehr nur formelle Bedeutung habenden Ansicht gegenüber der, dem Leben entsprechenderen, das materielle Recht und die Gleichheit vor dem Gesetze mehr fördernden, unwandelbar durchgeführten, auf guten Gründen beruhenden Rechtsanschauung des Cassationsgerichts, dessen Entscheidungen die Einheit und Gleichheit des Rechts und der Gesetzesauslegung zu vermitteln vorzugsweise bestimmt sind, ist mir doch insofern unbegreiflich, als ich nicht einsehen kann, was eigentlich dadurch für Wahrheit und Recht gewonnen werden soll.

Wer die im Jahrgang 1862 (28) No. 39 Ziff. 125 S. 306 II. wörtlich mitgetheilten Auslassungen des Berichterstatters der II. Kammer aufmerksam liest, in welchen das Bedürfniß einer eigenen, dem zweiten Rückfall in den gemeinen Diebstahl angemessenen **Strafe** — aber auch nur dieses — mit aller Entschiedenheit hervorgehoben wird, den kann dessen Bemerkung unter Ziff. 2, daß aus jenem Rückfall ein eigenes Verbrechen, das des dritten Diebstahls gebildet werde, wahrlich nicht für die Ueberzeugung gewinnen, daß durch diese, vom Berichterstatter beliebte, Ausdrucksweise nun eine gesetzgeberische Novität für die badische Juristenwelt besonders geschaffen worden sei. Denn jener Zweck kann erreicht werden ohne diese Abnormität, ja diese Absonderlichkeit wirkt ihm geradezu entgegen, und anderwärts wird er auch ohne die für Baden aus der alten Carolina heraus fingirte Abnormität erreicht.

Ein Inländer wird nach der Lehre vom „eigenen dritten Diebstahlsverbrechen" wenn er nach der regelmäßigen Scala des Strafgesetzbuchs beim zweiten Rückfall wörtlich des dritten Diebstahls schuldig erklärt ist und dann noch einmal stiehlt, rücksichtsloser behandelt, als der, welcher schon mehr oder doch ebenso oft gestohlen, aber aus irgend welchem zufälligen Grunde das Glück gehabt hat, daß in keinem der Urtheile einer seiner früheren Diebstähle „dritter Diebstahl" genannt worden ist. Und nun gar der Ausländer, dessen heimathliches Strafgesetz das Schemen des „dritten gemeinen Diebstahls" nicht kennt oder der bisher nur in Staaten sündigte, deren Strafgesetz an einem gleichen Mangel leidet, — er kann noch so oft wegen gemeinen Diebstahls verurtheilt sein, der badische Richter, der wegen eines neueren Diebstahls ihn für schuldig zu erklären in die Lage kommt, wird wohlweislich zu bedenken haben, daß eben doch noch keiner der von dem

---

gerichte, noch vor die Schwurgerichte gehören") kann hiefür mit Grund nicht angeführt werden. Dagegen sprechen aber entschieden die §§. 294 und 367 der Str.P.O. — Die Rekurskammer (G.V. §. 26 II.) ist, wie der bisher vertheidigten Anschauung nach die Strafkammer in Privatanklagesachen, in der Lage, ihre Urtheilssitzungen in Bezug auf das etwa darin vorzuführende Beweismaterial vorzubereiten. Str.P.O. §. 393. Auch kommt endlich noch in Betracht, daß im Privatanklageverfahren auch Anträge des Anklägers auf Beweiserhebung vorkommen können (Str.P.O. §. 318 Abs. 3), daß wir aber keine gesetzliche Bestimmung haben, welche die Raths- und Anklagekammer ermächtigt, hierüber zu erkennen. Auch dieser Umstand spricht dafür, daß der Gesetzgeber von der für Sachen des ordentlichen Verfahrens in den §§. 217. 218 der Raths- und Anklagekammer zugewiesenen Thätigkeit in Privatanklagesachen absehen wollte.

Der Eins.

bewährten Strolche verübten Diebstähle mit dem Kunstausdruck „Dritter" belegt worden ist und sich demzufolge hüten, über diesen Erwägungsgrund und über die fehlende Nomenclatur hinweg zu kommen!

Solche Zufälligkeiten können aber doch bei gesunder Anwendung der Gesetze nicht entscheiden, das wäre eine Casuistick im schlimmsten Sinne des Worts, und die Gesetzgebung, welche sich so mit der Aufgabe des Rechts und mit verwandten Gesetzgebungen in Widerspruch setzte, würde den Vorwurf eines unzeitgemäßen, schnöden Partikularismus wohl verdienen.

Nun zur Nutzanwendung!

J. A.S.
gegen
Joseph Anton Bruggmann von Oberbüren, Conton St. Gallen,
wegen Diebstahls,

hatte das großh. Kreis- und Hofgericht Freiburg, Strafkammer, am 20. November 1867 erkannt:

„Joseph Anton Bruggmann von Oberbüren, Contons St. Gallen, sei der Entwendung zweier Taschenuhren im Werthe von 36 fl. zum Nachtheil der Wittwe Buck und der Josephine Buck dahier, damit des **dritten** Diebstahls **und** des 6. Rückfalls in das Diebstahlsverbrechen schuldig, und deßhalb zu einer Zuchthausstrafe von $1^1/_2$ Jahren oder 1 Jahr Einzelhaft, sowie zu den Kosten des Strafprozesses und der Urtheilsvollstreckung zu verurtheilen. Auch sei derselbe nach erstandener Strafe lebenslänglich des Landes zu verweisen."

Auf die dagegen von der großh. Staatsanwaltschaft ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde wurde dieses Urtheil nach gepflogenen Verhandlungen durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 21. Dezember 1867 aufgehoben und zu Recht erkannt:

„Joseph Anton Bruggmann von Oberbüren, Cantons St. Gallen, sei der obengenannten Entwendungen und damit eines vierten **Rückfalls** in den **dritten** gemeinen Diebstahl für schuldig zu erklären und deßhalb in eine Zuchthausstrafe von zwei Jahren oder ein und ein drittel Jahr Einzelhaft, sowie in die Kosten des Strafverfahrens und der Urtheilsvollstreckung zu verurtheilen, auch nach erstandener Strafe lebenslänglich des Landes zu verweisen."

Entscheidungsgründe:

Die großh. Staatsanwaltschaft ergreift gegen das Urtheil der Strafkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg, wornach der Angeklagte wegen dritten Diebstahls in eine Zuchthausstrafe von $1^1/_2$ Jahren verurtheilt wurde, die Nichtigkeitsbeschwerde, weil die Strafkammer bei Fällung des Urtheils das Gesetz insofern unrichtig auf die in ihren Entscheidungsgründen festgestellten Thatsachen angewendet habe, als der Angeklagte, obgleich schon 6mal wegen Diebstahls im Auslande bestraft, wegen der nun in Frage stehenden Entwendung nur eines dritten Diebstahls und nicht, wie in der Anklage beantragt gewesen, eines wiederholten Rückfalls in den dritten Diebstahl für schuldig erklärt worden sei. Diese Beschwerde ist auch begründet, weil der Angeklagte, nach dem schon 6 Strafurtheile wegen Diebstahls gegen ihn ergangen sind, als bereits wegen Rückfalls in den dritten Diebstahl bestraft gelten muß, und der Umstand, daß er in keinem jener Urtheile ausdrücklich des dritten Diebstahls für schuldig erklärt worden war, unerheblich ist, da nach der diesseits feststehenden, in ihrer Begründung genügend bekannten Ansicht der dritte gemeine Diebstahl kein besonderes Verbrechen bildet, sondern nur mit einer höhern, als der gewöhnlichen Rückfallsstrafe bedroht ist.

War hiernach unter Aufhebung des von der Strafkammer erlassenen Urtheils, soweit dasselbe angefochten ist, der Angeklagte wegen seiner im October l. J. begangenen Entwendung eines wiederholten Rückfalls in den dritten gemeinen Diebstahl für schuldig zu erklären, so mußte auch die von der Strafkammer gegen ihn erkannte Strafe gemäß §. 384 Ziff. 2 und §. 187. 188 des Str.G.B. erhöht werden. Stf.

9.

Darf die gegen einen Schuldner auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger erkannte Vollstreckung auf Liegenschaften bei dem späteren Gantausbruch gegen denselben fortgesetzt und zu Gunsten der

Gantmasse vollzogen werden, ohne daß ein Antrag des Massepflegers darauf gestellt wurde?

Das großh. Kreisgericht Lörrach hat diese Frage verneint, indem es auf die von der Gantmasse des Anton Reinle von Inzlingen gegen Gerber Anton Fischer von Lörrach erhobene Klage die ohne Antrag des Massepflegers gegen den Gantschuldner Anton Reinle vollzogene Zwangsversteigerung für nichtig erklärte und den Käufer Fischer zur Herausgabe des erkauften Grundstücks verurtheilte. —

Auf die von Anton Fischer gegen diese Entscheidung ausgeführte Appellation erließ jedoch das Kreis- und Hofgericht Freiburg — Appellationssenat — ein abänderndes Urtheil, indem es am 25. Juni v. J. die klägerische Gantmasse mit der erhobenen Klage abwies, und zwar aus folgenden Gründen:

Die auf Nichtigkeitserklärung einer am 29. October 1866 gegen den Gantschuldner Anton Reinle vollzogenen Zwangsversteigerung eines Hauses nebst Hofraithe und Garten gerichtete Klage ist darauf gestützt, daß die schon am 11. Juni, beziehungsweise 5. Juli v. J. gegen Anton Reinle auf Antrag zweier Gläubiger desselben erkannte Vollstreckung auf Liegenschaften nach der am 27. September v. J. gegen Reinle erkannten Gant, zufolge einer an diesem Tage ergangenen Weisung des Gantrichters an den Vollstreckungsbeamten, fortgesetzt und zu Gunsten der Gantmasse vollzogen worden sei, was gegen die Bestimmungen des §. 729 der Pr.O. verstoße, da von dem Massepfleger kein Antrag auf Versteigerung gestellt worden sei, wie dies nach §. 732 Abs. 2 der Pr.O. erforderlich gewesen wäre, — daß also der Gantrichter von Amtswegen die Weisung zur Vornahme der Versteigerung erlassen habe, während er dies nur auf Antrag des Massepflegers hätte thun sollen, somit eine wesentliche Vorschrift des Gesetzes verletzt habe.

Pr.O. § 4, L.R.S. 6k.

Gegen diese Klagbegründung ist zunächst zu bemerken, daß der Gantrichter nach eröffneter Gant die Vornahme der Zwangsversteigerung nicht angeordnet hat, da dieselbe schon vorher verfügt war, sondern daß er vielmehr in Gemäßheit des §. 729 der Pr.O. dem Vollstreckungsbeamten aufgegeben hat, die angeordnete Zwangsversteigerung von Liegenschaften zu Gunsten der Masse (also nicht mehr zu Gunsten einzelner Gläubiger) vorzunehmen, aber die Verweisung zu unterlassen. Er hat nur ausgesprochen, was §. 729 der Pr.O. am Schluß besagt, nämlich dem Vollstreckungsbeamten bemerkt, in welcher Weise nun nach eröffneter Gant die vorher erkannte Vollstreckung nach Vorschrift des Gesetzes fortzusetzen sei. — Die Vollstreckungshandlungen zu sistiren, war dem Richter nicht geboten, da das Gesetz dieses nirgends verlangt, sondern vielmehr hinsichtlich deren Fortsetzung verfügt, daß sie nicht zu Gunsten der einzelnen Gläubiger, sondern nur zum Vortheile der Gantmasse geschehen könne.

Vergl. auch §. 852 ff. der Pr.O.

Da es sich somit nicht darum handelte, die Veräußerung fraglichen Hauses nebst Hofraithe und Garten erst anzuordnen, so fiel auch kein darauf gerichteter Antrag des Massepflegers nothwendig.

Daß die Wirkung des Ganterkenntnisses auf die angefangenen Vollstreckungshandlungen keine andere sein kann, als daß die Vollstreckung von nun an nicht den einzelnen Gläubigern, sondern der Gesammtheit zu gut kommt, ergibt sich auch schon aus den Bestimmungen der §§. 970. 971 der Pr.O.

Dabei kann übrigens wohl angenommen werden, daß es dem Ermessen des Gantrichters, welcher nach §. 815 der Pr.O. für Veräußerung aller Theile des Massevermögens die geeignete Sorge zu tragen hat, überlassen bleiben muß, je nach den Umständen des einzelnen Falls eine vor eröffneter Gant erkannte Zwangsversteigerung nach Eröffnung derselben auf einige Zeit ausgesetzt zu lassen, beziehungsweise hinsichtlich der Vornahme derselben sich mit dem Massepfleger und Gläubigerausschuß in das Einvernehmen zu setzen. Jedoch ist dieses nur in sein Ermessen gestellt, aber nicht geboten. —

Nach §. 734 der Pr.O. hat die Veräußerung der Fahrnisse und des liegenschaftlichen Vermögens der Gantmasse nach den Vorschriften über das Vollstreckungsverfahren zu geschehen; — daß diese Vorschriften in vorliegendem Falle in irgend einer Weise verletzt worden seien, ist überall nicht behauptet.

Die hier in Frage liegende Versteigerung, von der überdies sämmtliche Gläubiger des Gantmanns theils speciell, theils durch öffentliche Bekanntmachung in Kenntniß gesetzt waren und daher ihre etwaigen Einwendungen dagegen hätten vorbringen, beziehungsweise ihre Rechte dabei hätten wahren können, ist deßhalb nach obiger Ausführung als rechtsbeständig zu betrachten, da

die Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift nicht vorliegt. —

Die erhobene Klage ist daher unbegründet, weßhalb das erstinstanzliche Urtheil, wie geschehen, abzuändern und der klagende Theil nach §. 170 der Pr.O. in die Kosten beider Instanzen zu verfällen war.

v. Litschgi,
Kreisgerichtsrath in Freiburg.

11.

Die angebliche Rechtsunwissenheit des wegen eines Vergehens gegen Accis- oder Steuergesetze Angeklagten ist nicht nach §. 73 des Str.G.B., sondern nach §. 109 der Zollordnung zu beurtheilen, demnach nur wegen besonders erheblicher Umstände zu entschuldigen.

J. A.S.
gegen
Schützenwirth Carl Brogli von Säckingen,
wegen Unterschlagung der Weinsteuer,

war die Nichtigkeitsbeschwerde der großh. Staatsanwaltschaft gegen das Urtheil des großh. Kreisgerichts Waldshut, Strafkammer, vom 19. November 1867, No. 5792, besagend:

> Der Angeklagte Carl Brogli von Säckingen sei von der Anklage der Unterschlagung der Weinsteuer freizusprechen, dagegen zu einer Ordnungsstrafe von 10 fl., sowie zur Tragung der Kosten des Strafverfahrens zu verfällen,

darauf gebaut, daß die Strafkammer, obwohl sie die Merkmale einer Weinsteuerdefraudation an sich als vorhanden annahm, — doch gegen die gesetzlichen Bestimmungen die Berufung des Angeklagten auf Rechtsunwissenheit schlechthin zugelassen, und als Grund zur Freisprechung des Angeklagten von jenem Vergehen — behandelt habe. Diese im Hinblick auf §. 373 Ziff. 7 und §. 375 Ziff. 2 an sich zulässige Beschwerde erschien dem großh. Oberhofgericht als begründet, welches am 11. Januar 1868 nach gepflogener Verhandlung zu Recht erkannte:

> Das Urtheil der Strafkammer sei aufzuheben und die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an großh. Kreis- und Hofgericht Freiburg, Strafkammerabtheilung Lörrach, zu verweisen.

Gründe:

Es kommt zwar bei der vorwürfigen Anschuldigung eines Vergehens gegen die Accis- und Steuergesetze zunächst nicht der §. 73 des Str.G.B. zur Anwendung, indem nach §. 5 Ziff. 5 des Einführungsgesetzes vom 5. Febr. 1851 zum Str.G.B. — für die Vergehen der bemerkten Gattung die deßfallsigen besonderen Gesetze beibehalten wurden; es erscheint daher der §. 109 der Zollordnung vom 2. Januar 1812, welcher durch den §. 109 der Accisordnung vom 4. Januar j. J. in letzteres Gesetz herübergenommen worden ist, auch jetzt noch als maaßgebend, da die Accisordnung in dieser Hinsicht bis jetzt durch kein Gesetz abgeändert worden ist. Allein auch der angezogene §. 109 der Zollordnung stellt als Regel auf, daß Unwissenheit der Gesetze denjenigen, der die Gesetze hätte wissen können und sollen, nicht entschuldige, und will eine deßfallsige Entschuldigung nur ausnahmsweise bei „besonders erheblichen Umständen" zugelassen wissen.

Die Strafkammer hat aber nach ihren Entscheidungsgründen, wie sich aus einem Zusammenhalt der verschiedenen Sätze derselben ergibt, den Umstand, daß der Angeklagte sich in Rechtsunwissenheit befunden habe, schlechthin und ohne Rücksicht darauf, ob die Rechtsunwissenheit durch besonders erhebliche Umstände entschuldigt gewesen sei, für genügend erachtet, um die Strafbarkeit desselben zu beseitigen, und hat also in dieser Hinsicht die gesetzliche Vorschrift des angeführten §. 109 der Zoll-, beziehungsweise §. 109 der Accisordnung verletzt.

Die Ansicht der Strafkammer kann auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, daß der Nachweis der Rechtsunwissenheit unter den Gesichtspunkt eines Gegenbeweises im Sinne des §. 103 der Weinsteuerordnung vom 30. Oktober 1858 (Reggsbl. No. 52) gestellt werden will. Denn abgesehen davon, daß der angeführte §. 103 speziell nur von Weinhändlern redet, wozu der Angeklagte nicht gehört, so sind unter den dort erwähnten Gegenbeweisen nach der Natur der Sache und nach den Grundsätzen der Steuerstrafgesetze, wie namentlich des Zollstrafgesetzes vom 3. August 1837, Reggsbl. No. 30,

in §. 22 Abs. 2 gegenüber dem §. 17 und der Zollordnung von 1812 in §. 109 gegenüber dem §. 99 u. 110 und drgl. ganz andere *factische* Momente zu verstehen, und nicht der Zustand der Rechtsunwissenheit auf Seite des Angeklagten, auch ist die Rechtsunwissenheit der Abgabepflichtigen in der Weinsteuerordnung überall nicht mehr erwähnt.

Dagegen kann in den Entscheidungsgründen der Strafkammer nicht schon eine genügende Feststellung darüber gefunden werden, ob hier im Sinne des mehrerwähnten §. 109 der Zollordnung von 1812 *besonders erhebliche Umstände für eine Entschuldigung* der Rechtsunwissenheit des Angeklagten als vorhanden anzunehmen seien, indem die Entscheidungsgründe, in welchen jener §. 109 der Zollordnung gar nicht ins Auge gefaßt ist, nur nebenbei und in anderer Richtung einige vorgekommene Umstände und nicht in eingehender Weise, wie es für eine Beurtheilung nach dem erwähnten §. 109 erforderlich wäre, angeführt haben.

Es war daher das Urtheil der Strafkammer nach §. 385 der Str.P.O. aufzuheben und zugleich die Sache an ein anderes gleichstehendes Gericht zur Verhandlung und Entscheidung zu verweisen, wobei das Erkenntniß über die Kosten dem s. Z. endgiltig ergehenden Urtheile vorzubehalten ist. Red.

12.

Wenn Eheleute ihr Leben gegenseitig auf den Ueberlebensfall versichern, so fällt die Versicherungssumme nicht in die Gütergemeinschaft, besonders dann nicht, wenn nach dem Ehevertrage das gegenwärtige und zukünftige Beibringen verliegenschaftet ist und jeder Ehetheil nur eine bestimmte Summe in die Gemeinschaft einwirft.

Unter den Parteien ist unbestritten, daß der Kläger, Schneidermeister Stefan *Warth* in Rastatt, und dessen Ehefrau Josephine, geborene *Birnstill*, im October 1865 bei der Lebensversicherungsgesellschaft caisse générale des familles auf ihr Leben gegenseitig die Summe von 10,000 Frcs. = 4666 fl. 40 kr. versichert haben, daß die Warth'sche Ehefrau am 22. Dezember v. J. mit Tod abgegangen ist, und daß bei der hierauf gepflogenen Gemeinschafts- und Erbtheilung deren drei minderjährige Kinder, die Beklagten, sich der Gemeinschaft theilhaftig gemacht, auch die ihnen anerfallene Erbschaft angetreten haben.

Bei diesem Rechtsgeschäft wurde von der oben bezeichneten Versicherungssumme die eine Hälfte dem Kläger und die andere Hälfte den Beklagten mit je 2333 fl. 20 kr. zugeschieden, wogegen der Kläger den ganzen Betrag derselben als Sondereigenthum in Anspruch nimmt und hiernach die Regelung der Theilung beantragt. L.R.S. 837.

Uebrigens hat der Kläger bei der heutigen Verhandlung eingewilligt, sich von der fraglichen Summe den Betrag der aus Gemeinschaftsmitteln bezahlten Prämien abziehen zu lassen, so daß die darauf gerichtete eventuelle Widerklage ihre Erledigung gefunden hat und ein Urtheil hierüber nicht mehr nothwendig fällt.

Auf die Kosten hat dieses keinen Einfluß, weil dadurch keine besonderen Kosten entstanden sind.

Wenn von dem Beklagten gegen den klägerischen Anspruch eingewendet wurde, daß der Kläger bei den Erb- und Gemeinschaftstheilungsverhandlungen die fragliche Versicherungssumme als Aktivposten der Gütergemeinschaft anerkannt habe, so widerlegt sich dies aus den Verlassenschaftsakten; denn die Aufführung der fraglichen Summe unter dem Aktivvermögen läßt nicht erkennen, welcher Art der Ausstand sei, da es sich um allgemeinen Vermögensbeschrieb ohne Rücksicht auf die rechtliche Eigenschaft der Gegenstände handelt. Allerdings wird darin vom Kläger beurkundet, daß ihm die Police zur Aufbewahrung anvertraut sei. Allein dies ist nicht entscheidend, weil die Kinder wegen Ersatzes der aus dem Gemeinschaftsvermögen bezahlten Prämien immerhin Ansprüche an die Police hatten. Ueberdies sind solche Theilungsgeschäfte als ein Ganzes aufzufassen und als es zur wirklichen Theilung kam, hat der Kläger sofort den jetzt klagend verfolgten Anspruch erhoben.

Es handelt sich mithin nur um die rechtliche Würdigung dieses Anspruchs.

Nach dem Ehevertrag der Warth'schen Eheleute haben dieselben ihr gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen verliegenschaftet, bis auf die Summe von fünfzig Gulden, welche jeder Ehetheil in die Gütergemeinschaft einwarf. Die Gütergemeinschaft ergreift daher nicht das dem einen oder anderen Theile anerfallene Vermögen, soweit es nicht eigentliche Errungenschaft ist. Dafür aber kann die fragliche Versicherungssumme nicht angesehen werden,

und sind mithin die Gründe nicht anwendbar, aus welchen Dreyer in Annalen 32 S. 284 und Annalen 33 S. 60 behauptet hat, daß solche Versicherungen in die Gemeinschaft fallen, weil dabei die gesetzliche Gütergemeinschaft unterstellt ist.

Solche Versicherungsverträge gehören nach L.R.S. 1104 Abs. 2 und 1964 Abs. 2 zu den Glücksverträgen und sind in Wahrheit nur eine emtio spei.

Vrgl. Puchta, röm. Recht II. §. 258.
Bluntschli, deutsch. Privatr· §. 161.

Daß der hier vorliegende Versicherungsvertrag für den Kläger vortheilhaft ist, ist die rein zufällige Folge des frühen Todes seiner Frau; hätte die Ehe z. B. 50 statt nur 2 Jahre gedauert, so müßte Kläger an die Gemeinschaft die bezahlten Prämien mit zusammen 8775 fl. ersetzen, während er nur eine Versicherungssumme von 4666 fl 40 kr. ausbezahlt erhielte, so daß die Erben der Frau gewiß nicht daran dächten, die Versicherung als Theil der ehelichen Gütergemeinschaft anzusprechen.

Dazu kommt aber noch, daß nicht ein gewöhnlicher Versicherungsvertrag auf den Todesfall, wie ihn Dreyer in Annalen 32 S. 284 unterstellt, vorliegt, sondern daß ausdrücklich der überlebende Theil der Eheleute Warth oder dessen „ayants droit" im Versicherungsvertrage als die Bezugsberechtigten genannt sind, hiezu aber die eheliche Gütergemeinschaft um deßwillen nicht gehören kann, weil die Fälligkeit der Versicherung erst mit dem Tode eines Ehetheils, also gemäß L.R.S. 1441 Ziff. 1 erst nach Auflösung der Gütergemeinschaft eintrat. Für solche Versicherungen zu Gunsten einer bestimmten Person anerkennt auch Dreyer, und zwar selbst bei gesetzlicher Gütergemeinschaft, Annalen 33 S. 60, daß die Versicherung nicht in die Gemeinschaft fällt, und wurde ebenso entschieden von dem Kreisgericht Mannheim nach Annalen 33 S. 31.

Demnach und da die an letzterer Stelle angeregte Frage wegen Ersatzpflicht der Prämien nach dem Obigen hier keiner Entscheidung bedarf, übrigens gemäß L.R.S. 1437 zu Gunsten der Gütergemeinschaft zu entscheiden wäre, mußte, wie geschehen, erkannt werden.

Entscheidungsgründe zu dem rechtskräftig gewordenen Urtheile des Kreisgerichts Baden vom 13. Juli 1867.

Dr. Puchelt.

13.

Kann die Berichtigung eines Irrthums über den Geldwerth eines ausländischen Werthobjects auch noch nach Eintritt der Rechtskraft des auf jenem Irrthum beruhenden Urtheils verlangt werden?

§. 1094 der Pr.O.

In Sachen
des Michael Fröschl in Wien, Klägers, Appellaten, Oberappellaten
gegen
Freiherrn Franz v. Andlaw in Baden, Beklagten, Appellanten, Oberappellanten,
Forderung betreffend.

Der Kläger hatte eine, durch Cession überkommene — am Ende Juni 1854 verfallene, Wechselforderung von 3000 fl. Bankvaluta gegen den Beklagten eingeklagt, und dieselbe zu 1 fl. 12 kr. per Gulden berechnet. In dem Versäumungserkenntniß, welches am 9 Mai 1856 gegen den Beklagten erging, wurde dieser auf Grund jener Berechnung für schuldig erklärt, 3000 fl. Bankvaluta oder 3600 fl. rheinisch zu zahlen. Die Sache ruhte dann, bis die Vermögensverhältnisse des Beklagten sich günstiger gestalteten, worauf Kläger am 8. October 1866 die in dem Urtheil anberaumte Frist nach §. 851 der Pr.O. erneuern ließ. Nun erst stellte der Beklagte den Antrag auf Verbesserung des Urtheils, weil zur Verfallzeit des Wechsels, Ende Juni 1854, die Forderung von 3000 fl. Bankvaluta mehr nicht als 2800 fl. rheinisch betragen habe. Dieser Antrag des Beklagten wurde jedoch in I. Instanz verworfen. Auf seine Appellation erfolgte in II. Instanz ein bestätigendes Urtheil, gegen welches er die Oberappellation ausführte.

Es fragte sich demnach, ob ein — die eine Partei benachtheiligender Irrthum in der Berechnung, welcher auf unrichtigem Ansatz, auf der Anwendung unrichtiger Faktoren beruhe, auch dann noch gehoben werden könne, wenn das Urtheil, in welchem er zum Ausdruck kam, rechtskräftig geworden ist.

Daß ein Rechnungsfehler im engern Sinn (error in computando), auf welchen der §. 1094 der Pr.O. lautet, hier nicht vorliege, darüber war man einig. Von einer Seite wurde aber geltend gemacht: Die eingeklagte Forderung betrug 3000 fl. Bankvaluta. Das

Aequivalent derselben in unserem Gelde war, wenn auch nicht nothwendig schon im ersten Verfahren, aufzufinden und festzustellen. Das Verhältniß der Bankvaluta auf dem Geldmarkt zu einer gegebenen Zeit ist oder war eine objective, der subjectiven Privatwillkühr entrückte, öffentliche Thatsache. Bei Ermittlung derselben war daher der Richter nicht auf die Erklärungen der Parteien angewiesen, sondern hatte nach §. 493 der Pr.O. zu verfahren.

Wenn diese Erklärungen der Wirklichkeit nicht entsprechen, so verstößt die auf ihnen beruhende richterliche Feststellung gegen das öffentliche Leben und eine diesem angehörige Thatsache kann in der Anwendung auf Privatrechtsverhältnisse nicht fingirt, d. h. nicht anders gestaltet werden, als sie sich wirklich verhält oder verhielt und muß mit der Wirklichkeit jederzeit in Einklang gesetzt, nach ihr regulirt werden können, weßhalb es als eine grobe Versündigung am materiellen Recht erschiene, wenn eine Partei aus einem zufälligen Irrthum des Richters über eine solche, öffentlich und unabänderlich feststehende Thatsache, Rechte, die mit der Wirklichkeit im Widerspruch stehen, erwerben und den ihm günstigen Irrthum, als einen unabänderlichen zum Nachtheil seines Gegners dolose ausbeuten könnte.

Die Mehrheit entschied sich jedoch für Bestätigung der Urtheile der vordern Instanzen, und die

Entscheidungsgründe

zum oberhofgerichtl. Urtheil vom 10. Dez. 1867 lauten:

Die Beschwerde gegen die Urtheile der früheren Instanzen stellt sich als unbegründet dar.

Wenn auch mittelst Erkenntnisses vom 9. Mai 1856 dadurch, daß der Beklagte in Folge Anerkenntnisses eines Wechsels, welcher auf 3000 fl. Bankvaluta Ende Juni 1854 zahlbar lautet, zur Zahlung des Betrags von 3600 fl. verurtheilt wurde, — dem Kläger mehr zuerkannt worden ist, als er zu fordern hatte, indem 3000 fl. Wiener Bankvaluta nach dem Stande vom 30. Juni 1854 in rheinischer Währung nur 2820 fl. betragen haben; und wenn auch die Festsetzung der Schuldsumme auf fl. 3600 von dem Richter aus dem Grunde erfolgt ist, weil derselbe die Behauptung des Klägers, 3000 fl. Bankvaluta betragen nach hiesiger Währung 1 fl. 12 kr. per Gulden 3600 fl., als richtig annahm, obwohl ein Zugeständniß des Beklagten über diesen Punkt nicht vorlag, — so war hierin von Seite des Richters ein Fehler in der Beurtheilung enthalten, welcher durch das Rechtsmittel der Appellation beseitigt werden konnte. Dagegen hat sich der Richter hiedurch keines Rechnungsirrthums im Sinne des §. 1094 (früher §. 1117) der Pr.O. schuldig gemacht und es kann daher jener Fehler, nachdem das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat, nicht auf dem nur für Rechnungsirrthümer und Schreibfehler zulässigen Wege einer bloßen Verbesserung beseitigt werden.

Ein Rechnungsirrthum im Sinne des Gesetzes ist nämlich nur alsdann vorhanden, wenn es sich um einen Verstoß gegen die Zahlenlehre, um eine auf Grund richtiger oder unrichtiger Rechnungsfactoren gestützte unrichtige Berechnung und ein daraus hervorgehendes falsches Rechnungsergebniß handelt. Das Dasein eines solchen Irrthums setzt daher voraus, daß die Schußfolgerung, welche der Richter aus den seiner Berechnung zu Grunde gelegten Rechnungsansätzen abgeleitet hat, bei richtiger arithmetischer Behandlung sofort als ein Fehler sich darstellt und auch sogleich und ohne weitere Beweiserhebung berichtigt werden kann. Im vorliegenden Fall kann aber die Richtigkeit der gezogenen Schlußfolgerung, nämlich des Rechnungsergebnisses oder der Lösung der Rechnungsaufgabe, welche auf die in der Klage gegebenen Rechnungsansätze gebaut ist, nicht angefochten werden, weil darin nach den Regeln der Arithmetik ein Fehler nicht enthalten ist. Hier soll vielmehr erst durch Beweiserhebung über eine thatsächliche Behauptung, deren Richtigkeit dem Richter um so weniger bekannt sein muß, als der Betrag der Wiener Bankvaluta kein ständig gleicher, sondern ein stets wechselnder ist, ein Fehler in der Art und Weise der Werthbestimmung des Streitgegenstandes dargethan werden, indem, wie behauptet wird, einer derjenigen Umstände, wonach die Größe der Streitsumme festgesetzt worden ist, also eine der Zahlen, womit gerechnet wurde, unrichtig aufgestellt worden ist. Diese Rechnungsansätze bilden aber an und für sich noch kein Rechnungsresultat, welch Letzteres erst mittelst Berechnung aus ihnen abgeleitet werden mußte; — sondern sie gehören zur thatsächlichen Grundlage des Rechtsstreits, welche, wenn sie vom Richter auch zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht worden ist, für den Fall ihrer Unrichtigkeit nicht als Rechnungsirrthum erscheint und jederzeit verbessert werden kann, sondern nur der Anfechtung durch Appellation, die hier versäumt worden ist, unterliegt.

Red.

14.

Rechtsfall aus dem Gebiete des Handelsrechts.

Versicherung gegen die Gefahren der Flußschifffahrt. Anwendung der auf die Seeschifffahrt bezüglichen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs auf erstere. Wieweit erstreckt sich die Pflicht des Versicherungsnehmers zur Anzeige der ihm bekannten erheblichen Umstände . . .? H.G.B. Art. 810—815. (Mitverladung ungelöschten Kalkes.) Art. 400. Mängel der Verladung und Verpackung. Werth sachverständiger Aussprüche von Kaufleuten als Schiedsrichter.

Im April 1865 gab Schiffer Friedrich Rödel von Hardheim dem Schiffer Veith von Eberbach Borde, Eichenholz und Steine im Werth von 5457 Gulden zur Beförderung auf dessen Schiff Apollo in Fracht. Wegen Sicherung dieser Ladungsgegenstände gegen die Gefahren der Rheinfahrt von Mainz bis Köln schloß Ersterer mit der allgemeinen Versicherungsgesellschaft für See-, Fluß- und Landtransport in Dresden, unter Vermittelung des Hauptagenten in Mannheim, einen Versicherungsvertrag ab. Gegen Zahlung der bedungenen Prämie empfing Derselbe die betreffende Police vom 26. April 1865, worin (in §. 1) bestimmt ist, daß gegen Bezahlung der Prämie die Gesellschaft für allen Verlust oder Schaden hafte, welche der versicherte Gegenstand durch einen Schifffahrtsunfall oder irgend eine höhere Gewalt erleide, soweit nicht durch die Policebestimmungen ein Anderes verordnet sei.

Auf der bezeichneten Reise erlitt das Schiff Apollo einen Unfall; es begann nämlich in der Nähe von Boppard in Folge eines starken Windstoßes zu sinken. Der betreffende Unfall wurde unter Mitwirkung von Agenten der genannten Dresdener Versicherungsgesellschaft vorschriftsmäßig festgestellt und der dadurch, wegen erfolgten Eindringens von Wasser, herbeigeführte Schaden an den versicherten Waaren von den Sachverständigen auf 712 Gulden 45 Kreuzer geschätzt. Die Gesellschaft schien anfänglich nur einen geringen Abzug an diesem Betrage geltend machen zu wollen, verweigerte aber bald jeden Schadensersatz, weßhalb Schiffer Rödel auf Leistung des festgestellten Ersatzbetrages gegen dieselbe klagte.

Nach Vereinbarung zwischen beiden Theilen war der Streit im ersten Rechtszug von einem aus drei Kaufleuten gebildeten Schiedsgericht in Mannheim zu erledigen.

Die Beklagte setzte, unter Einräumung der wesentlichsten Klagthatsachen, dem Kläger die Einrede entgegen, nach den §§. 5 u. 13 der Police (welche den Vorschriften der Art. 810 u. 812 des allgemeinen H.G.B. entsprechende Bestimmungen enthalten), sei der Vertrag für sie unverbindlich, weil hienach der Versicherungsnehmer verpflichtet war, der Gesellschaft bei Abschluß des Versicherungsvertrags alle ihm bekannte Umstände und Nachrichten anzuzeigen, welche wegen ihrer Erheblichkeit für die Beurtheilung der Gefahr geeignet waren, auf den Entschluß der Gesellschaft, sich auf den Vertrag überhaupt oder unter den beantragten Bedingungen einzulassen, Einfluß zu üben, und weil jede bezügliche Verschweigung oder entstellte Angabe, jeder Betrug oder Unterschleif, die Gesellschaft von allen Verbindlichkeiten, selbst von der Zurückgabe der Prämien befreie, dem Kläger aber bekannt gewesen sei, daß mit den fraglichen Hölzern ungelöschter Kalk in 24 Fässern (23,426 Pfd.), nach Düsseldorf bestimmt, zur Verladung gekommen sei, ein leicht entzündlicher Artikel von ätzendem Gehalt, der meistens nur zu ungleich höherem Tarif versichert zu werden pflege und, wenn mitverladen, auch für die andern Güter die Transportgefahr sehr wesentlich erhöhe. Im vorliegenden Falle habe sogar der veranlaßte Schaden in dem angeführten Umstande, der vom Kläger nicht angezeigt worden sei, seinen Grund, indem der entzündete Kalk die Sägewaaren beschädigt habe.

Außerdem machte die Beklagte, namentlich auf Grund der Behauptung, daß der Kläger selbst, nicht Schiffer Veith, in Wahrheit als Schiffer und Frachtführer erscheine, noch verschiedene andere Einwendungen, insbesondere Mängel der Verladung und Verpackung des Kalkes, geltend, deren nähere Aufführung hier unterbleiben kann.

Von Seiten des Klägers wurden die Einwendungen insgesammt in mehrfacher Hinsicht bestritten.

Das Schiedsgericht erließ zuerst, nachdem es einen des Versicherungsrechts besonders kundigen Rechtsgelehrten zu Rath gezogen hatte, seiner Ausführung sich anschließend, ein Beweiserkenntniß. Hiernach sollte

die Beklagte nur dann für schuldig erklärt werden, wenn sie nicht beweise, daß der Kläger vor oder bei dem Empfang der Police von der Verladung des Kalkes neben dem Holze Kenntniß hatte, oder daß Kläger im Sinne des H.G.B. Art. 400 Frachtführer in Bezug auf die versendeten Gegenstände war, in welchem Falle es dann weiter auf den Nachweis ankommen sollte, daß der Schaden durch Fahrläßigkeit des Schiffers, durch fehlerhafte Verladung u. s. w. herbeigeführt wurde[1])

Im Laufe des begonnenen Beweisverfahrens fanden sich die Schiedsrichter veranlaßt, von der im Beweiserkenntniß angenommenen Rechtsanschauung zum Theil wieder abzugehen und nach ihrer eigenen kaufmännischen Anschauung ohne weitere Beweiserhebung dem eventuellen Klagbegehren gemäß[2]) die Beklagte zum festgesetzten Schadenersatz zu verurtheilen.

Der Appellationssenat des Kreis- und Hofgerichts erkannte abändernd, indem er im Wesentlichen der zuerst erwähnten, in Bezug auf den Kläger strengeren rechtlichen Anschauung folgte, auf die kaufmännische Anschauung der Schiedsrichter wenig Gewicht legte und hienach, unter umfassender Benützung des Rechts der freieren Beweiswürdigung, den Kläger sofort abwies.

Anders entschied das Oberhofgericht, welches der kaufmännischen Anschauung überhaupt ein größeres Gewicht beilegte, insbesondere die sachverständigen Aussprüche der Schiedsrichter in Bezug auf Handelsgebräuche wesentlich berücksichtigte, und das schiedsrichterliche Urtheil wieder herstellte.

Die Gründe der oberhofgerichtlichen Entscheidung vom 12. November 1867, soweit deren Mittheilung erforderlich erscheint, sind folgende:

Was die rechtliche Beurtheilung der Einrede, sowie des Streitverhältnisses überhaupt betrifft, so muß man anerkennen, daß die Bestimmungen des allgemeinen Handelsgesetzbuchs, Buch V. Tit. 11 in Verbindung mit Tit. 8 über Versicherung gegen die Gefahren der Seeschifffahrt, obwohl sie zunächst nur auf den Seehandel und das Seerecht, wofür sie ausdrücklich allein gegeben sind, sich beziehen, und mithin auf den Transport auf Flüssen und anderen Binnengewässern keineswegs unmittelbar und unbeschränkt anwendbar sind, doch insoweit, als sie auf allgemeinen, aus der Natur des Versicherungsvertrags hervorgegangenen Grundsätzen, nicht blos auf besonderen Verhältnissen des Seehandels beruhen, immerhin eine analoge Anwendung finden können, wenn es sich um den Transport auf Flüssen u. s. w. handelt. Ohne genügenden Grund wurde dieser Satz in neuester Zeit wieder gänzlich bestritten und verworfen (Entscheidung des kön. preußischen Obertribunals und des Appellhofes zu Cöln, Busch, Archiv des Handelsrechts Bd. 11 S. 121, Malß, Zeitschrift für Versicherungsrecht Bd. 2 S. 213. 216), was um so weniger zu billigen ist, da die Grundsätze über Versicherungen vorzugsweise im Gebiete des Seehandels ihre nähere Entwicklung und Ausbildung erlangt haben.

Vrgl. Malß, Zeitschrift für Versicherungsrecht Bd. 1 S. 53.

In vorliegender Sache könnten aber Zweifel in dieser Hinsicht jedenfalls nur eine untergeordnete Bedeutung behaupten, weil die anerkannte Police, das Vertragsgesetz unter den Partheien, ausdrückliche Bestimmungen enthält (§. 5. 13.), welche den Artikeln 810. 812 des H.G.B. nachgebildet sind.

Bei näherer Würdigung der erwähnten Einrede ist ferner als feststehend anzuerkennen, daß jede wesentliche Verschweigung oder unrichtige Angabe des Versicherungsnehmers in Fällen der vorgesehenen Art nach Maßgabe des entsprechenden Vertrags oder Gesetzes die Unwirksamkeit der Versicherung zum Nachtheil des Versicherungsnehmers zur Folge hat, daß auch hiebei eine Unredlichkeit (Betrug — Dolus) auf Seiten des Letztern keineswegs erforderlich ist, derselbe vielmehr nach Umständen auch für unabsichtliche Versehen[3]) und zwar auch dann, wenn der Vertrag durch einen Stellvertreter abgeschlossen wurde[4]), zu haften hat, und daß es auch nicht einmal nöthig ist, daß der verschwiegene oder nicht richtig an-

---

[1]) Vrgl. die Zeitschrift für Versicherungsrech: von Malß, Bd. 2 S. 147 ff, wo der fragliche Rechtsfall bis zu diesem Schlußpunkt des ersten Verfahrens, namentlich die ausführliche rechtliche Begründung des Beweiserkenntnisses (wie es scheint vom Herausgeber selbst) mitgetheilt ist.

[2]) In erster Reihe war das Klaggesuch auf einen größeren Ersatzbetrag gerichtet, der aber schon durch das beigefügte eventuelle Begehren auf den gebührenden Betrag herabgesetzt wurde.

[3]) Art. 813 des H.G.B.

[4]) Art. 810 Abs. 2 in Vergleichung 789 Abs. 4 (auch §. 811) des H.G.B.

gegebene Umstand im gegebenen Falle den etwaigen Schaden veranlaßte oder vergrößerte.

Vrgl. Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, Band I S. 375. 376. 378.

Malß, angeführte Zeitschrift, Band 1 S. 169, auch S. 48 Band 2 S. 7 ff., S. 12–13.

Busch, Archiv des Handelsrechts, Band 4 S. 463.

Seuffert, Archiv, Band 1 Nr. 219, Band 6, Nr. 248. 249.

Bluntschli, deutsches Privatrecht, §. 161 (§. 140) Nr. 5.

Endemann, d. Handelsrecht, §. 174 III. B.;

s. auch Art. 348 des code de commerce.[5])

Alle diese Sätze sind als richtig anzuerkennen.

Dagegen ist andererseits auch nicht zu verkennen, daß bei der Frage nach der Erheblichkeit der behaupteten Verschweigungen und unrichtigen Angaben, worüber umfassende Bestimmungen weder im Gesetz noch im Vertrag zu finden sind, wesentlich das billige Ermessen des Richters entscheidet, daß aber diesem Ermessen keine zu enge Schranke zu setzen und namentlich eine ängstliche und kleinliche Genauigkeit in den Angaben nicht zu fordern ist, da sonst der Versicherte dem vertragsmäßig meist in so reichem Maaße geschützten Versicherer gegenüber, mancherlei Chikanen schutzlos Preis gegeben wäre.

Desgleichen darf ferner nicht verkannt werden, daß auch der Gesichtspunkt des guten Glaubens und der Treue, wenn gleich er in Bezug auf Verschweigungen und unrichtige Angaben nach Obigem nicht als der hier entscheidende gelten kann, bei einem Vertrag, wie der vorliegende, der vorzugsweise auf Treue und Glauben beruht, sowohl was den Versicherten, als was den Versicherer betrifft, nach der allgemeinen Regel über die Wirkung der Verträge (L.R.S. 1134. 1135) angemessen zu beachten ist, wie denn auch nach Art. 278 des H.G.B. bei Beurtheilung der Handelsgeschäfte (Art. 271 Ziff. 3) der Richter den Willen der Contrahenten zu erforschen, nicht blos an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften hat.

Es ist auch der Unterschied der Verhältnisse des Seehandels und des Tranports auf Binnengewässern zu berücksichtigen; die Verhältnisse des Ersteren rechtfertigen in manchen Punkten eine größere Strenge.

Endlich ergibt es sich aus der Natur der hier in Frage kommenden Verhältnisse, daß in Bezug auf die Frage, wie weit die Anzeigepflicht im Einzelnen auszudehnen[6]), und was in dieser Beziehung im Handelsverkehr üblich und herkömmlich ist, die kaufmännische Anschauung und der Ausspruch sachkundiger Kaufleute von vorzüglichem Gewicht erscheint, wie dieß auch im Art. 279 des H.G.B., womit Art. 1 desselben zu vergleichen ist, ausdrücklich anerkannt ist.

Vrgl. Bluntschli, deutsches Privatrecht, am angeführten Ort Nr. 4.

Malß, Zeitschrift, Band 2 S. 12–16.

Ferner im Allgemeinen

Protokolle der Commission zur Berathung des allgemeinen H.G.B., 365. Sitzung S. 3145–3147. 3155 der Folioausgabe.

Das preußische Landrecht Theil II., Tit. 8. §. 2026 weist in der hier in Frage stehenden Beziehung auf das vernünftige Ermessen der Sachkundigen besonders hin.[7])

Im vorliegenden Falle haben sich nur die Schiedsrichter, sachkundige Kaufleute, die durch das Vertrauen beider Theile zur Entscheidung der Sache berufen wurden, in dem fraglichen Punkt für die minder strenge Auffassung und zu Gunsten des Versicherten ausgesprochen und nach den oben entwickelten Grundsätzen und der Beschaffenheit des vorliegenden Falles mit Recht.

Dieselben haben nach Inhalt der Entscheidungsgründe zum Endurtheil, abweichend von der ihrem Be-

---

[5]) „Toute réticence, toute fausse déclaration de la part de l'assuré, toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissement, qui diminueraient l'opinion du risque, ou en changeraient le sujet, annulent l'assurance. — L'assurance est nulle, même dans le cas ou la réticence, la fausse déclaration ou la différence n'auraient pas influé sur le dommage ou la perte de l'objet assuré."

Vrgl. Art. 251 des holländischen H.G.B.: „toute déclaration fausse ou toute réticence — — même faite de bonne foi."

[6]) Daß die Frage, ob eine Verschweigung im Sinne des Gesetzes vorhanden sei, rein thatsächlicher Natur ist, hat der Cassationshof in Frankreich wiederholt ausgesprochen. Vergleiche Breicher und Grimm, Handelsgesetzbuch der Rheinprovinz, Art. 348 Note a. 6. Rogron, code de commerce expliqué, Art. 348 Note 1.

[7]) Vergl. Busch, Archiv des Handelsrechts, Band 11 S. 320 Note.

weiserkenntniß zu Grunde liegenden, nicht zu billigenden strengeren Ansicht dargelegt, daß eine soweit gehende Anzeige-Pflicht des Klägers nach dem Versicherungsvertrag in Bezug auf etwaige Beiladung von Kalk und anderen gleichartigen Artikeln nicht anzunehmen ist, und die Behauptung der Beklagten, sie würde bei Kenntniß dieses Umstandes wahrscheinlich die Versicherung versagt haben, dem allgemeinen Gebrauch auf dem Rheine, wonach Güter von verschiedenem Prämienansatz fortwährend in einem und demselben Fahrzeug verladen werden, entschieden widerspricht.

Diese Annahme entspricht der Natur der Verhältnisse und dem, was das Interesse des ungehemmten Verkehrs auf Flüssen erfordert und mit sich bringt.

Wenn ungelöschter Kalk, als im Wasser leicht entzündlich, wegen besonderer Gefährlichkeit wohl zu höherem Tarif versichert zu werden pflegt, so kommt hiebei zunächst und hauptsächlich die drohende Zerstörung des Kalks selbst bei der Berührung mit dem Wasser in Betracht; hier im vorliegenden Falle handelt es sich aber um die Mitverladung, nicht um die Versicherung des Kalks, welcher an sich und seiner Beschaffenheit wegen nicht als ein in solchem Grade gefährlicher Artikel zu betrachten ist, daß dessen Mitverladung vom Versicherungsnehmer regelmäßig angezeigt werden muß. Es gibt außer dem Kalk noch eine große Menge anderer Waaren, welche bei erfolgenden Schifffahrtsunfällen in ähnlicher oder in anderer Weise mehr oder weniger zerstörend auf mitverladene Gegenstände wirken können, z. B. sehr viele Chemikalien, Farbwaaren u. drgl., deren Anzeige im Falle der Mitverladung bei so ausgedehnter Auffassung der Anzeigepflicht ebenfalls verlangt werden müßte, und zwar auch bei der nachgefolgten Mitverladung im Laufe der Reise. Eine solche Ausdehnung würde aber mit dem Interesse des Verkehrs und mit dem Leben im Widerstreit stehen. Es wäre Sache der Beklagten gewesen, wenn sie diese weitgehende Ausdehnung der Anzeigepflicht beabsichtigte, solche in der Police besonders hervorzuheben, oder den Kläger hierüber durch besondere Anleitung zu verständigen, was im vorliegenden Fall nicht geschehen ist.

Vrgl. die Police und hiezu den Versicherungsantrag S. u. s. w., ein vom Kläger, beziehungsweise dessen Sohn, ausgefülltes, gedrucktes Formular, mit der darin gegebenen Anleitung und hierüber Malß mehrangeführte Zeitschrift, Band 2 S. 13—16.

In Bezug auf die Art der Verpackung, welche von der Beklagten als fehlerhaft beanstandet wurde, haben sich die Schiedsrichter dahin ausgesprochen, daß eine Verpackung von Kalk in Fässern (etwa Zuckerfässern) nach allgemeinem Brauche hier zu Lande als gut gelte, die Verwendung verpichter Fässer aber hiebei niemals Statt finde. Da man keinen Grund findet, an der Richtigkeit dieser Ansicht zu zweifeln, so stellt sich der Einwand der schlechten Verpackung als nicht begründet dar.

Ebenso haben dieselben angenommen, daß der Schaden im vorliegenden Fall durch einen harten Windstoß, der das Eindringen des Wassers herbeiführte, verursacht wurde, während ohne diesen Schifffahrtsunfall der Kalk die verladenen Bretter niemals beschädigt haben würde. Dieses findet auch in dem von der Beklagten angerufenen Schadenermittelungsprotokoll vom 29. April 1865 seine volle Bestätigung, und es ist, wenn auch nur vergleichungsweise, in dieser Beziehung darauf hinzuweisen, daß auch im Falle der Selbstentzündung einer Waare die Gesellschaft alsdann haftet, wenn die Selbstentzündung durch äußere Veranlassung entstanden ist. Durch die betreffende Bestimmung in §. 2 der Police, wodurch §. 1 näher erläutert wird, ergibt sich, daß es genügt, wenn der äußere Zufall die erste wirkende Ursache der Beschädigung war, mögen auch andere von dem Versicherten nicht rechtswidrig verschuldete Umstände mitgewirkt haben, was den richtigen Grundsätzen über ursächlichen Zusammenhang entspricht. *)

Aus dem bisher Angeführten geht auch hervor, daß dem Kläger, auch wenn er nach der Behauptung der Beklagten, welche durch einige Thatsachen unterstützt wurde, im Gegensatz zum Inhalt des vorgelegten Schiffspatents und der Angabe im Versicherungsantrag als Schiffer und Frachtführer behandelt werden müßte, kein wesentliches Verschulden hinsichtlich der Verladung oder Verpackung zur Last fallen würde, da die Art der Ladung und Verpackung nicht als gefährdend oder ordnungswidrig gelten kann.

Vergl. §. 2. 5. 9. 10 u. 13 der Police.

*) Man vergl. in dieser Hinsicht die im Strafrecht in Bezug auf die wirkende Ursache des Todes angenommenen Grundsätze. Str.G.B. §. 204.

Die bezüglichen Einwendungen der Beklagten erscheinen daher jedenfalls als rechtlich unbegründet.

Zum Schlusse ist übrigens auch auf den schon in der Klage angeführten, von der Beklagten nicht beabredeten Umstand hinzuweisen, daß die Beklagte zuerst nur den verhältnißmäßig geringen Betrag von 37 Thlr. 16 Sgr. an der ermittelten Entschädigungssumme abziehen wollte. Insofern dieses zu einer Zeit geschah, wo die Beklagte mit dem Stand der Sache, wie anzunehmen schon bekannt war, läßt sich hieraus entnehmen, daß die Beklagte die Begründetheit des klägerischen Anspruchs wenigstens in der Hauptsache anfänglich selbst erkannte.

Da auf den Ausspruch der Schiedsrichter als selbst sachkundiger, zugleich zur Entscheidung berufener Männer Gewicht gelegt werden darf, die Erhebung eines besonderen Gutachtens von Sachverständigen über die angeregten Fragen, — soweit solches überhaupt nöthig fallen würde — somit nach dem Obigen als überflüssig erscheint, so ist dem hiewegen eventuell gestellten Antrag der Beklagten keine Folge zu geben und es bedarf auch sonst nach Sachlage einer Erhebung von weiteren Beweisen nicht, da in jeder Beziehung eine genügende Grundlage zur Feststellung einer sicheren richterlichen Ueberzeugung gegeben ist. Pr.O. §. 583 Abs. 2.

Hiernach rechtfertigt sich die Wiederherstellung des schiedsrichterlichen Urtheils erster Instanz, soweit dasselbe oberrichterlich abgeändert wurde. In Bezug auf die Entscheidung über den Kostenpunkt kommt in Berücksichtigung, daß die Mehrforderung des Klägers, welche schon im Beweiserkenntniß verworfen wurde, besondere Kosten von erheblichem Belang nicht veranlaßte, und der Kläger, der durch das ganze Benehmen der Beklagten zur Klage genöthigt wurde, schon im Klagbegehren eventuell die geringere Summe verlangte. Hienach und gemäß Pr.O. §. 169 u. ff. fallen alle Kosten der Beklagten zur Last. E. Brauer.

15.

Entscheidung eines Wässerungsstreits durch den großherzoglichen Verwaltungsgerichtshof.

Mehrere Wasserwerkbesitzer von Philippsburg und der Gemeinderath daselbst Namens der dortigen Wiesenbesitzer erhoben bei dem Bezirksamt Wiesloch eine Klage gegen die Wässerungsgenossenschaft für die Wiesen zwischen Karlsdorf und der Neudorfer Mühle, deren Begehren dahin ging, daß ausgesprochen werden solle, die Beklagten seien nicht berechtigt, das Wasser der Saalbach im Winter zur Bewässerung ihrer Wiesen zu benützen. Zur Begründung dieses Gesuches wurde geltend gemacht, daß eine Winterwässerung auf fraglichen Wiesen früher und bis zu der im Jahre 1864 erlassenen amtlichen Wässerungsordnung nie stattgefunden habe, daß die Beklagten während des Frühjahres und Sommers 80 Tage lang das ausschließliche Recht zur Benützung des Wassers aus der Saalbach hätten, und es daher nur billig sei, daß sie dasselbe im Winter den andern Interessenten überlassen, daß die Kläger durch die Winterwässerung benachtheiligt seien, daß endlich die Stadt Philippsburg durch landesherrl. Rescript vom Jahr 1804 das Recht zur Wiesenwässerung aus der Saalbach und die klagenden Werkbesitzer durch ihre Concessionen das Recht zum Betrieb ihrer Werke mittelst des Wassers der Saalbach erlangt hätten. Zu bemerken ist, daß nach der angeführten Wässerungsordnung, §. 10, die Beklagten im Winter nur insoweit wässern dürfen, als nach dem Eichpfahl bei der Neudorfer Mühle und den damit correspondirenden Marken an den betreffenden Schleußen Ueberwasser vorhanden ist. Durch ein Gutachten der Großh. Wasser- und Straßenbau-Inspection Bruchsal ist festgestellt, daß die unterhalb der Neudorfer Mühle gelegenen Wasserwerke der Kläger zu ihrem Betrieb nicht mehr Wasser bedürfen als diese. Der Bezirksrath Bruchsal verwarf die Klage nach gepflogenen Verhandlungen als „unstatthaft", womit wohl ausgedrückt werden sollte, daß die Klage rechtlich nicht begründet sei.

In der Sitzung vom 3. Dezember 1867 bestätigte der großh. Verwaltungsgerichtshof das bezirksräthliche Erkenntniß dahin, daß die Klage als unbegründet zu verwerfen sei. Der Gerichtshof fand, daß weder der angebliche Nichtgebrauch in früheren Zeiten noch der Vorzug, den die Beklagten bei der Sommerwässerung genießen, noch die angerufenen Konzessionen, welche den Klägern eine die anderen Interessenten ausschließende Berechtigung weder verleihen konnten noch wollten, — geeignet seien, der Klage eine ernstliche Grundlage zu geben. Als solche könnte nach L.R.S. 645 und nach den Bestimmungen der Mühlenordnung nur allein die Behauptung dienen, daß die Kläger durch die Winterwässerung der Beklagten benachtheiligt seien, wenn nämlich die Sache so gelagert wäre, daß eine bil-

lige Ausgleichung der kollidirenden Interessen die beantragte Beschränkung der Beklagten als nothwendig erscheinen ließe. Dies ist aber nicht der Fall. Vielmehr ist durch das erwähnte technische Gutachten dargethan, daß die klagenden Werkbesitzer durch die auf das Ueberwasser beschränkte Winterwässerung der Beklagten nicht benachtheiligt sind; und da nach der angeführten Wässerungsordnung (§. 13 Ziff. 4) dafür gesorgt ist, daß das zur Wässerung benützte Wasser oberhalb der Neudorfer Mühle wieder in die Salbach zurückfließt, so ergibt sich auch das Gleiche von den klagenden Wiesenbesitzern, die dieses Ueberwasser nun ebenfalls für sich verwenden können.

(K. Ztg. von 1867 Beil. zu No. 291.)

16.

Die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden richtet sich nicht nach den Anträgen der Parteien, sondern nach dem eigentlichen Streitgegenstand.

Ein Bürger von Hemsbach hatte sich darüber beschwert, daß ihm der Gemeinderath einen Theil seiner Almendstücke vorenthalte, um der Gemeindekasse durch Verpachtung derselben wegen seiner auf Kosten der Gemeinde in der Heil- und Pflegeanstalt Pforzheim befindlichen Ehefrau einen Ersatz zu verschaffen. Der Bezirksrath Weinheim wies die Beschwerde als nicht vor die Verwaltungsgerichte gehörend zurück, weil hier nicht die Unterstützungspflicht, sondern nur das Maaß der Unterstützung streitig sei.

Der Verwaltungsgerichtshof hob dieses Erkenntniß auf und wies den Bezirksrath an, in der Sache zu verhandeln und zu entscheiden Er ging dabei davon aus, daß der eigentliche Streitgegenstand, über welchen zu entscheiden ist, das Recht des Klägers auf die Benützung seiner Almendstücke bilde, worauf auch das ursprüngliche Klagbegehren gerichtet ist, und daß hieran durch spätere Gesuche, welche die Frage der Unterstützung der Ehefrau und der Ersatzleistung dafür in den Streit hereinziehen, um so weniger etwas geändert werde, als die Verwaltungsgerichte nach § 48 Verf.V.O an die Anträge der Parteien nicht gebunden sind.

Sitzung des Verwaltungsgerichtshofs vom 17. Dezember 1867. (K. Ztg. Beil. zu No. 301.)

17.

Literaturbericht.

Von der im Jahrgang 32 (1866) der Annalen No. 37 unter Ziff. 138 II. S. 296 und oben No. 24 Ziff. 78 S. 186 besprochenen Bearbeitung des Strafrechts durch Herrn Kreisgerichtsdirector Dr. Puchelt in Baden ist vor einiger Zeit die zweite Lieferung der zweiten Abtheilung erschienen, welche die Titel XXVI. bis XXXIX. (§§. 376—582) umfaßt.

Dieses mit vielem Fleiß bearbeitete Werk bewährt sich als nützliches Handbuch für den Praktiker, dem es reiche literarische Hilfsquellen erschließt.

Vergleichende Hinweisungen auf verwandte Gesetzgebungen fehlen auch in diesem Hefte nicht.

Der Herr Verfasser benützt bei Besprechung von Controversen die Gelegenheit, seine eigene Ansicht darüber kund zu geben und hiernach einen critischen Maaßstab an gerichtliche Entscheidungen einzelner Fälle anzulegen, so z. B. beim Funddiebstahl, bei der Unterschlagung, beim dritten Diebstahl, den er im Widerspruch mit der Mehrheit des Oberhofgerichts auch als ein eigenes Verbrechen ansieht.

Das reiche in den Erläuterungen zusammengestellte Material könnte vielleicht systematischer verbunden und übersichtlicher geordnet sein. Zur sichtenden Ueberarbeitung wird eine zweite Auflage des Buchs dem Herrn Verfasser Anlaß geben, welcher dadurch, daß er die Früchte seines Fleißes auch andern mittheilt, ein unläugbares Verdienst um die badische Strafrechtspflege sich erworben hat.

Nach der Ankündigung auf dem Umschlage folgt der Schluß des Werkes bald nach und erscheinen dann die neuen Gesetze über Presse, Vereine und Ministerverantwortlichkeit, sowie das Gesetz über privatrechtliche Folgen der Verbrechen in einem Ergänzungsbande. Stf.

Druckfehler in No. 120.

Seite 302 Sp. 1 Zeile 4 von unten 207 statt 107.
„ 302 „ 2 „ 9 „ „ 104 „ 134.
„ 303 „ 1 „ 9 „ „ „nicht" eigentlich statt „recht" eigentlich.
„ 304 „ 2 „ 5 von oben „schon" statt „schwer."

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro März 1868. No. 2.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von E. Schmelzer in Mannheim.

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 2.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat März 1868.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Dienstag den 3. März.	
136	Stern gegen Fitzer. — Vertragserfüllung.	Fürst. — Grimm.
151	Ruf gegen Zuber. — Miteigenthum.	Scholl. — Friedmann.
	Donnerstag den 5. März.	
160	Stöckle gegen Vögele. — Forderung.	Eckard.
153	Weeber gegen Winter. — Rechtsverhältnißanerkennung. . .	Gamber.
	Dienstag den 10. März.	
141	Doll gegen Raupp. — Versteigerungsnichtigkeit. . . .	
154	Fiscus gegen Haiß. — Zwangsabtretung.	Bertheau. — Grimm.
	Donnerstag den 12. März.	
135	Bazoche gegen Stöckle. — Forderung.	v. Feder. — A. Gutmann.
137	Nierhaus gegen Stöckle. — Forderung.	v. Feder. — Eckhard.
	Dienstag den 17. März.	
138	Mönchweiler gegen Burgbacher. — Entschädigung. . . .	Eller. — Marquier.
146	Höfer gegen Menold. — Forderung.	Eberstein. — Fürst.
	Dienstag den 24. März.	
107	Schmidt gegen Schwarzhalden. — Holzberechtigung. . . .	Gernandt. — Geißmar.
155	Kath. Kirchenfiscus gegen Waldkirch. — Sigristengutherausgabe. .	Barazetti. — v. Engelberg.
	Donnerstag den 26. März.	
150	Hintereck gegen Sellinger. — Vaterschaft.	Friedmann. — Esser.
152	Weiß gegen Gimbel. — Eigenthumsrecht.	v. Engelberg. — Eckhard.
	Dienstag den 31. Februar.	
148	Hofmann gegen König. — Forderung.	v. Feder. — Eckhard.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. **Band XXXIV.** **No. 3.**

18.

Wirkung der Rechtskraft gegen Sammtschuldner.

(Seuffert, Archiv, Band 19 Nr. 80 S. 129.)

J. S. Sauter gegen Simon's Ehefrau, Forderung von 5700 fl. betreffend, hatte sich der Kläger zur Begründung einer Provisionsforderung von 2000 fl. an die bekl. Ehefrau u. A. auch auf ein gegen ihren sammtschuldnerischen Ehemann ergangenes und rechtskräftig gewordenes Urtheil vom 3. März 1852 berufen. Dieses war aber auf eine Klage ergangen, in welcher der Kläger die Forderung thatsächlich nicht näher begründet, insbesondere die Sammtverbindlichkeit der jetzt beklagten Ehefrau nicht erwähnt hatte; auch hatte der damals bekl. Ehemann die Forderung, ohne irgend einen Einwand dagegen zu erheben, ganz allgemein anerkannt.

In den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 20. Januar 1863 sprach das großh. Oberhofgericht aus:

„ꝛc. Obgleich ein gegen den Sammtschuldner, beziehungsweise Hauptschuldner ergangenes Urtheil in der Regel auch gegen den sammtverbindlichen Mitschuldner, beziehungsweise Bürgen wirksam ist,

Troplong du caut. Nr. 512,
L.R.S. 1206. 1207. 2249. 2250,

so gilt dies doch nur dann, wenn der Sammtschuldner von den der Forderung entgegenstehenden Vertheidigungsmitteln wirklich Gebrauch gemacht hat, und hierdurch die, zwischen den betreffenden Personen streitigen Rechtsfragen in der That zum rechtlichen Austrag gekommen sind. Dies war hier nicht der Fall. Offenbar erging das Urtheil vom 3. März 1852 nicht auf den Grund der zwischen Ferdinand Sauter und den Simon'schen Eheleuten abgeschlossenen Verträge, sondern auf Erklärungen hin, die nur zwischen dem Kläger und dem Ehemann Simon behufs der Erwirkung eines richterlichen Pfandrechts vorher vereinbart worden waren und darum kann auch jenes Urtheil der jetzt bekl. Ehefrau nicht schaden." Red.

19.

Der beklagte Wechselschuldner ist nach §. 82 der W.O. befugt, die Einrede der Tilgung der Wechselschuld durch einen Dritten, dem Wechselkläger gegenüber geltend zu machen.

J. S. des Bankiers Kirchheim in Frankfurt a. M. gegen Hermann Mayer in Heidelberg und Jonas Mayer von dort, Hauptintervenienten, Wechselforderung betreffend, hatte Kläger — durch Indossament Inhaber eines von Jonas Mayer auf den beklagten Hermann Mayer gezogenen und von diesem acceptirten Wechsels über 2400 fl. (200 Pfd. Sterling) den Wechselbetrag nebst den Protestkosten von 36 fl. 12 kr. sammt Verzugszinsen gegen den Acceptanten eingeklagt, der Beklagte aber eingewendet, der Wechsel sei bei der Gant des Ausstellers Jonas Mayer schon angemeldet worden und es sei ein gantrichterlich genehmigter Vergleich über eine Abfindung (von 10 pCt.) mit den Gläubigern zu Stande gekommen, worauf auch der Kläger, welcher auf die Berufung verzichtete und dafür eine höhere Abfindung erlangte, 25 pCt. erhalten habe.

Hierdurch sei das Wechselverhältniß auch dem Beklagten gegenüber aufgelöst worden.

Ueberdies habe Kläger bei der fraglichen Vereinbarung dem Jonas Mayer die Rückgabe des genannten Wechsels noch besonders zugesichert.

Wegen des letzteren Umstandes in Verbindung mit dem ersteren war Jonas Mayer im ersten Rechtszuge wegen etwaigen Rückgriffs dem Beklagten unterstützend beigetreten.

Die Richter der I. und II. Instanz gestatteten den Abzug von 25 pCt. am Wechselbetrag, nahmen aber sonst auf die Einwendung des Beklagten keine Rücksicht.

In dritter Instanz führte der Beklagte aus, der Kläger hätte gemäß §. 23 Abs. 2 und §. 81 der W.O., sowie nach L.R.S. 1285 ganz abgewiesen werden sollen, jedenfalls aber hätte die Einrede der Erlassung der Schuld und des Verzichts, sowie der Zusage der Wechselrückgabe zu besonderem Austrag verwiesen und dem Kläger Sicherheitsleistung aufgegeben werden sollen.

Jonas Mayer trat in diesem Rechtszug auf Grund seines den Kläger ausschließenden Rechts auf die zugesagte Rückgabe des Wechsels nach §. 107 der P.O. als Hauptintervenient auf.

Das großh. Oberhofgericht bestätigte durch Urtheil vom 12. April 1867 die Urtheile der beiden Vorderinstanzen mit dem beschränkenden Zusatz, daß die auf das Versprechen der Rückgabe des fraglichen Wechsels bei dem Vergleichsabschlusse mit Jonas Mayer gegründete Einrede zu besonderer Ausführung zu verweisen, der Beklagte auch nur gegen Sicherheitsleistung für den Rückersatz — von Seiten des Klägers zur Zahlung anzuhalten sei.

Entscheidungsgründe:

ꝛc. Bei der Prüfung der Zulässigkeit der vorgeschützten Einreden kommt vor Allem die beschränkende Vorschrift des §. 82 der W.O. in Betracht, wornach sich der Wechselschuldner (wozu auch der Acceptant gemäß §. 81 gehört) nur solcher Einreden bedienen kann, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen, oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen.

Einreden aus dem Wechselrechte selbst, wie z. B. aus der Form oder dem Inhalt der Wechselerklärung, wegen Nichtbeobachtung wechselmäßiger Vorschriften sind hier nicht in Frage. Es fragt sich nur, ob die vorgeschützten Einreden im Sinne des Gesetzes als solche gelten können, die dem Beklagten unmittelbar gegen den Kläger zustehen.

Soweit es sich um die Behauptung handelt, daß die Wechselforderung oder ein Theil derselben bereits durch geschehene Zahlung, sei es auch von einem andern Wechselverpflichteten, getilgt wurde, ist der bekl. Wechselschuldner nach der richtigern, jetzt ziemlich allgemein angenommenen, auch von dem vordern Richter anerkannten Ansicht stets für befugt zu erachten, die bezügliche Einrede, deren wechselproceßmäßige Erweisbarkeit vorausgesetzt, dem Wechselkläger gegenüber geltend zu machen. Er ist nicht schuldig, die ganz oder theilweise getilgte Wechselschuld noch einmal zu bezahlen, wie sich aus anerkannten Grundsätzen des bürgerlichen Rechts und aus der Natur der Sache ergibt. Am besten erscheint freilich seine rechtliche Lage immer, wenn die Zahlung auf dem Wechsel selbst beurkundet wurde, in welchem Falle eine aus dem Wechselrecht selbst hervorgehende Einrede vorliegt, wenn aber auch die erwähnte Beurkundung auf dem Wechsel nicht statt fand, so ist die Einrede der Zahlung doch jedenfalls als eine unter den Schlußsatz des Art. 82 der W.O. fallende zulässige Einrede anzusehen.

> Renaud, Lehrbuch des Wechselrechts, §. 79 Schluß.
>
> O. Wächter, Wechsellehre, §. 193.
>
> Goldschmidt, Zeitschrift des Handelsrechts, Band 2. S. 133 Nr. 51.

Es ist, wie sich bei dieser Anwendung des genannten Art. 82 der W.O. zeigt, der Schlußsatz desselben, wonach die fraglichen Einreden dem Wechselschuldner unmittelbar gegen den Kläger zustehen müssen, nicht in dem Sinne aufzufassen, daß die Einreden durch Vorgänge zwischen dem belangten Wechselschuldner und dem Wechselkläger entstanden sein müssen, vielmehr in dem Sinne, daß die Einreden dem Erstern gegen die Person des Letztern zustehen müssen, daß sie gegen den Kläger und, wenn auch nicht durch, doch für den beklagten Wechselschuldner entstanden sein müssen.

Für diese Auffassung des Art. 82 der W.O. spricht auch die Entstehungsgeschichte desselben nach Inhalt der Protokolle der Leipziger Conferenz zur Berathung einer allgemeinen deutschen Wechselordnung. Es wurde nämlich hienach die ursprüngliche Fassung des preußischen Entwurfs (§. 93), welcher die Zulassung von Einreden, namentlich in Bezug auf die Einrede der Simulation, noch mehr beschränkte, wesentlich abgeändert und zwar nach einstimmigem Beschluß der Versammlung aus dem Grunde, weil man der Ansicht war, daß alle aus der Person des Inhabers des Wechsels herzuleitenden Einreden (also auch die der Simulation und Compensation), sofern sie auf der Stelle liquid zu machen seien, zugelassen werden müssen.

> Protokolle der genannten Conferenz Nr. XXV. vom 23. November 1847.
>
> Ausführung von Bornhardt über die Einreden im Wechselproceß, im Archiv des deutschen Wechselrechts, Band 1 S. 194 ff.
>
> Die allgemeine deutsche Wechselordnung mit Einleitung und Erläuterungen, Leipzig bei Brockhaus 1848, §. 82.
>
> Vrgl. auch in dieser Hinsicht: Archiv des deutschen Wechselrechts, Band 11 S. 20, S. 48.

Faßt man nun aber den mehrerwähnten Art. 82 in solchem Sinne auf, so läßt sich hier kein genügender Grund erkennen, warum man die vom Wechselbeklagten vorgeschützte Tilgung der Wechselschuld auf andere Weise, z. B. durch Nachlaß, durch Vergleich, sofern dieselbe unter den obigen Voraussetzungen stattfand, also namentlich unter solchen Umständen, daß die Tilgung als auch für den Wechselbeklagten bewirkt gelten muß, anders behandeln sollte, als die Einrede der Zahlung.

Dem Inhaber des Wechsels, da er sein Recht nicht aus dem Rechte desjenigen ableitet, von dem er den Wechsel erhielt, vielmehr durch den Wechsel als ein unmittelbar Berechtigter erscheint, können allerdings solche Einreden nicht entgegengehalten werden, die aus Rechtsverhältnissen hergeleitet werden, in welchen der Vormann des Inhabers zu dem Verpflichteten stand (exceptiones ex persona indossantis, vrgl. die angeführte Wechselordnung mit Erläuterungen zu §. 82, dsgl. W. Brauer, Wechselordnung, Auflage 2 S. 21—22 und S. 138—139 §. 82, Anmerk. 1 und 2, auch Archiv des Wechselrechts, Band 14 S. 133 ff. und Annalen der bad. Gerichte, Band 32 S. 23), allein Einreden der obenbezeichneten Art ganz auszuschließen, liegt nicht im Sinne des Gesetzes, und auch nicht im Interesse des kaufmännischen Credits, welcher bei Würdigung der wechselrechtlichen Verhältnisse vorzüglich zu beachten ist.

Hiemit stimmen im Hauptergebniß auch die Ansichten der französischen Rechtslehrer überein, welche hiebei auf das Verhältniß der Haftbarkeit des nachlassenden Wechselinhabers gegenüber dem Wechselbeklagten besondere Rücksicht nehmen.

> Pardessus droit commercial Nr. 224 und Nr. 415.
>
> Nouguier lettres de change, livres III. Nr. 201 auch
>
> Broicher und Grimm, Handelsgesetzbuch der k. p. Rheinprovinzen, Art. 140, Note a Nr. 5.

Bei der entscheidenden Frage, ob und wieweit die Erlassung der Wechselschuld (die gänzliche oder theilweise), sowie die Aufhebung derselben durch Vergleich von Seiten eines andern Wechselverpflichteten als gegen den Wechselinhaber und für den Wechselbeklagten wirkend gelten kann, sind allerdings die besondere Umstände des einzelnen Falles und die besondere Bestimmungen der bürgerlichen Landesgesetzgebung maßgebend, weßhalb sich die Anwendung des Art. 82 der W.O. in den verschiedenen deutschen Ländern in dieser Hinsicht verschieden gestalten kann. Dieses ist bei Würdigung einzelner gerichtlichen Entscheidungen, wie z. B. der in O. Wächters Wechsellehre, §. 192 S. 686 angeführten Entscheidung des Berliner Obertribunals nicht zu übersehen.

In Bezug auf das badische Recht kommt hiebei namentlich die Bestimmung des L.R.S. 1165 und 1121, die Wirksamkeit von Verträgen gegen Dritte betreffend, in Betracht. Die Bestimmung des L.R.S. 1285 kann hier, wo die verschiedenen Verpflichteten gemäß Art. 81 der W.O. sammt und sonders haften, nicht ohne Beschränkung zur Anwendung kommen, da einerseits die eigenthümliche, selbstständige Haftung der einzelnen Wechselverpflichteten auf Grund des Wechsels selbst (die formelle Natur des Wechselverhältnisses) nicht außer Acht zu lassen ist, andererseits aber auch die bei dem Vergleichsabschluß in Ganten obwaltenden besondern Verhältnisse zu berücksichtigen sind. In letzterer Beziehung ist im Zweifel eher zu unterstellen, daß der Gläubiger nur sein Recht, soweit es nur die Vermögenslage des Verganteten, beziehungsweise der Gantmasse gestattet, zu wahren sucht, als daß er auf die ihm sonst zu Gebot stehenden Mittel zur Erlangung der Befriedigung vor anderen Mitverpflichteten schlechthin verzichten wollte; es muß sich daher aus den Umständen des besondern Falles ergeben, ob und inwieweit der Wechselinhaber bei Abschluß des Vergleichs oder bei Gewährung eines Nachlasses an der Wechselforderung auf die Geltendmachung der Wechselforderung ganz oder theilweise und unbedingt, auch den andern Wechselverpflichteten gegenüber, verzichten wollte und der vergantete Wechselverpflichtete eine solche völlige Tilgung der Wechselschuld allen Verpflichteten gegenüber bewirkte. In dieser Beziehung ist die vom Beklagten seiner Einrede beigefügte weitere Behauptung einer besonderen Zusicherung der Rückgabe des Wechsels von Seiten des Jonas Mayer erheblich und entscheidend, da die bedungene Rückgabe der Wechselurkunde die Absicht der völligen Tilgung der Wechselschuld in Bezug auf alle Verpflichteten, also auch den Beklagten unzweifelhaft kund gibt. Es stellt sich daher die Einrede des Beklagten, vermöge dieser besondern Behauptung als wechselrechtsmäßig zu-

lässig dar. Hätte der Kläger einer solchen besondern Zusage zuwider die Wechselurkunde zurückbehalten, so würde er sich einer offenbaren Arglist schuldig gemacht haben, er wäre daher schon im Wechselproceß abzuweisen, sofern die bezügliche Behauptung wechselproceßmäßig darzuthun oder zugestanden wäre. Letzteres ist jedoch, das Eine, wie das Andere, nicht der Fall, es ist daher nach Maßgabe des §. 646 verglichen mit §. 654 Eingang und Ziff. 3 der P.O. die Verweisung dieser Einrede zu besonderer Ausführung auszusprechen, zugleich aber gemäß §. 652 der P.O. nach dem Begehren des Beklagten, das nach den Verhältnissen mit Rücksicht auf die Eigenschaft des Klägers als eines nicht im Großherzogthum Baden wohnenden fremden Landesangehörigen gerechtfertigt erscheint, die Bestimmung beizufügen, daß der Beklagte nur gegen Sicherheitsleistung für den Rückersatz zur Zahlung anzuhalten ist.

Was die Verwerfung der Hauptintervention des Jonas Mayer betrifft, welche gleichfalls auszusprechen ist, so genügt, abgesehen von der sonstigen, dem §. 107 der P.O. nicht entsprechenden Beschaffenheit der nachgebrachten Hauptintervention, die Bemerkung, daß die Geltendmachung derselben im Wechselproceß nur nach Maßgabe der für diese Proceßart bestehenden besondern Vorschriften geschehen könnte, hier aber die nach §. 644 ff. und §. 108 der P.O. erforderliche Antretung des Beweises durch Urkunden und überdieß auch die im §. 107 der P.O. verlangte Bescheinigung fehlt.

Uebrigens kann, wie sich von selbst versteht, der Hauptintervenient Jonas Mayer bei der etwaigen weiteren Verfolgung der obigen Einrede sein Interesse immer noch geltend machen, wenn er damit auszureichen meint, ebenso bleibt es dem Kläger unbenommen, den von ihm behaupteten ausdrücklichen Vorbehalt seiner Rechte gegen den Acceptanten in dem weitern Verfahren ebenfalls wieder geltend zu machen. Red.

20.

Der Wechselschuldner wird durch die Zahlung eines Mitschuldners befreit und kann daraus die Einrede der Zahlung ableiten. L.R.S. 1285 §. 82 der W.O.

Die Beweggründe zur Eidesverweigerung haben keinen Einfluß auf deren rechtliche Folgen. §. 560 der Pr.O.

Ein Urtheil wird zufolge L.R.S. 1365 zu Gunsten der Sammtschuldner auch dann rechtskräftig, wenn es auf der Eidesverweigerung des Gläubigers beruht.

J. S.
des Seeligmann Roos von Schriesheim, Klägers, Appellaten, Oberappellanten
gegen
C. A. Braunwarth von Carlsruhe und F. B. v. Molitor in Mosbach, Beklagte, letzterer Appellant, Oberappellat,
Forderung, hier Aufhebung eines Vollstreckungsarrestes betr.

Seeligmann Roos hatte früher seinen Indossanten Braunwarth und den Wechselaussteller v. Molitor als Sammtschuldner gerichtlich eingeklagt, und ihre Verurtheilung als solche erwirkt. Es konnte daher, auch abgesehen von dem jener Klage zu Grunde liegenden Wechselverhältniß, welches dem Kläger gegenüber die Solidarität der beiden Beklagten schon an sich begründete,

Brauer, Wechselordnung, S. 101, S. 136,

nicht zweifelhaft sein, daß die damaligen beiden Beklagten nach den rechtskräftig gewordenen Urtheilen als Sammtschuldner für die hier in Frage liegende Forderung des Roos erscheinen.

Der Gläubiger hat später seine ganze Forderung gegen die Gantmasse des C. A. Braunwarth, eines der beiden Sammtschuldner, geltend gemacht, es wurde ihm aber von dem Vertreter der Masse die Einrede entgegengehalten, daß die ganze Schuld durch die gegen den andern Sammtschuldner in Vollzug gesetzten Vollstreckungshandlungen bezahlt sei, und er hat den ihm über diese Behauptung zugeschobenen Eid verweigert; in Folge dessen wurde vom Gantrichter der Beweis der Erlöschung seiner Forderung durch Zahlung als erbracht angenommen und er deßhalb mit dieser Forderung abgewiesen.

Diese letztere Thatsache wurde dann von dem andern Sammtschuldner, v. Molitor, zu seinen Gunsten geltend gemacht und er vom großh. Oberhofgericht in den Gründen zum Urtheil vom 19. Dezember 1867 hierzu sowohl nach dem bürgerlichen als nach dem Wechselrechte für befugt erklärt.

„Das badische und beziehungsweise französische Recht steht in Beziehung auf diese Frage mit dem gemeinen Rechte in vollständigem Einklang. Danach besteht das wesentliche bei dem Correalverhältnisse darin, daß nicht verschiedene Verbindlichkeiten neben einander bestehen, sondern daß es ein und dasselbe Obligationsverhältniß ist, welches sich ganz und ungetheilt auf jeden einzelnen Gläubiger und jeden einzelnen Schuldner bezieht, und hieraus ergibt sich bezüglich einer Sammtschuld der Grundsatz, daß überall da, wo es sich nicht etwa blos um persönliche Beziehungen des einen oder des andern Mitschuldners zu der Verbindlichkeit, sondern um den objectiven Bestand der Sammtschuld handelt, in Beziehung auf den Gläubiger alle Sammtschuldner zusammen nur als ein einziger Schuldner zu betrachten sind, und daß folgeweise in allen den Fällen, wo es sich bei einem derartigen Acte um den Vortheil dieses Consortiums der Schuldner handelt, jeder einzelne derselben als der Mandatar oder Geschäftsführer oder als der Stellvertreter aller Uebrigen erscheint.

v. Savigny, Obligationenrecht I. S. 180 bis 191.

Zachariä, Handbuch II. §. 298 S. 219.

Marcadé ad Art. 1351 Nr. XIII., ad Art. 1365 Nr. II. III.

Von diesem Grundsatze ausgehend gestattet aber der L.R.S. 1208 jedem einzelnen vom Gläubiger belangten Sammtschuldner, demselben nicht nur jene Einreden entgegenzuhalten, welche aus der Natur der Schuld fließen und die ihm persönlich zustehen, sondern auch diejenigen, die sämmtlichen Mitschuldnern gemein sind.

Zu diesen allen Mitschuldnern gemeinschaftlichen Einreden gehört aber in erster Reihe die durch einen derselben geleistete Zahlung; denn durch diese werden nach L.R.S. 1200 alle übrigen Mitschuldner befreit, weil durch sie die Verbindlichkeit in ihrem objectiven Bestand ergriffen wird, indem sie durch die Zahlung erlischt.

Die Einrede der Zahlung ist aber nicht nur durch das in der Eidesverweigerung liegende Anerkenntniß des Gläubigers, sondern auch durch das darauf erfolgte rechtskräftig gewordene, gerichtliche Erkenntniß erwiesen.

Auf den Grund der Eidesverweigerung durch S. Roos trat nemlich die durch §. 560 der P.O. bestimmte gesetzliche Folge ein, daß als von ihm zugestanden angenommen werden mußte, daß die Zahlung in der von dem einen der Sammtschuldner behaupteten Weise wirklich geleistet worden ist. Es lag daher hierin ein Anerkenntniß der geleisteten Zahlung gegenüber von einem der Sammtschuldner, das nach L.R.S. 1285 schon an sich eine Befreiung der übrigen Sammtschuldner mit sich führen würde, und welches daher eben deßhalb jeder von diesen geltend zu machen befugt ist.

Als unerheblich ist es aber zu erachten, welches Motiv der Gläubiger als Grund der Eidesverweigerung in dem Gantprocesse gegen Braunwarth angegeben hat; denn abgesehen davon, daß niemals ermittelt werden kann, ob jenes angegebene Motiv auch wirklich der wahre Beweggrund der Eidesverweigerung gewesen ist, so kommt es nach der allegirten Vorschrift des §. 560 nicht auf diesen Beweggrund, sondern lediglich auf die Thatsache der Eidesverweigerung an.

Der Gläubiger ist aber überdieß auf den Grund der durch die Eidesverweigerung als erwiesen angenommene Einrede der Zahlung gegen einen der Sammtschuldner mit seiner Forderung abgewiesen und das betreffende Urtheil rechtskräftig geworden; es kann die Rechtskraft dieses Urtheils auch von den übrigen Sammtschuldnern angerufen werden; ihre Befugniß hiezu ergibt sich speciell aus dem L.R.S. 1365.

Dieses Gesetz spricht zwar ausdrücklich nur von der Eidesleistung; allein diese nicht correcte Ausdrucksweise darf den Richter nicht abhalten, hier auch die Eidesverweigerung zu subintelligiren, da nur der verweigerte Eid für, der geleistete Eid gegen den Deferenten beweist.

Wenn aber in Abs. 4 jenes Satzes gesagt ist, daß der Eid, der einem der Sammtschuldner zugeschoben wird, den Mitschuldnern zu gut komme, so kann auch dieß nur von dem Falle verstanden werden, daß dieser Eid von dem Ersteren geleistet wird, weil nur alsdann von einem, den Mitschuldnern hierdurch zugehenden Vortheile die Rede sein könnte; er muß aber ebensowohl von dem Falle verstanden werden, wenn einer der Sammtschuldner dem Gläubiger einen Eid zuschiebt, und dieser von dem Letztern verweigert wird, denn der Grund für beide Fälle ist unzweifelhaft der gleiche, da es sich in beiden Fällen bezüglich des zugeschobenen Eides nur um den Bestand der Forderung, resp. um die Befreiung von derselben, nämlich in dem ersten Falle um das Nichtzustandekommen, in dem letztern aber um die Erlöschung derselben handeln könnte. Es muß hiernach

auch in dieser Richtung dem Mitschuldner v. Molitor das Ergebniß des vom Gläubiger gegen den andern Sammtschuldner geführten Rechtsstreites zu gut kommen.

v. Savigny loc. cit. p. 161 ff., p. 184—186, p. 188—191.

Marcadé ad art. 1365 Nro. I—III.

Duranton VII. p. 445 Nro. 519.

Aber auch nach Wechselrecht läßt sich nicht bezweifeln, daß dem Mitschuldner v. Molitor die Einrede der Zahlung nach Art. 82 d. n. d. W.O. zusteht. Nach diesem Art. ist der Wechselschuldner in dem Gebrauch von Einreden zwar in der Weise beschränkt, daß er sich nur solcher Einreden bedienen kann, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Allein um eine Einrede der letztern Art handelt es sich hier. Denn abgesehen davon, daß die behauptete Zahlung damit begründet wird, daß sie aus Mitteln des v. Molitor, also durch diesen selbst geleistet worden sei, so erlischt wie nach dem bürgerlichen, so auch nach dem Wechselrechte durch die an den Wechselgläubiger geleistete Zahlung dessen Forderung, so daß er also dieselbe nicht weiter von einem andern Wechselverpflichteten beitreiben kann; es werden daher hierdurch auch alle diesem Gläubiger verpflichteten Wechselschuldner, in deren Interesse und zu deren Vortheil die Zahlung ebenfalls als geleistet betrachtet werden muß, ihm gegenüber von ihrer Wechselverbindlichkeit befreit, und es ist deßhalb auch jeder der Letztern befugt, von der Einrede der Zahlung, als von einer ihm unmittelbar gegen den klagenden Gläubiger zustehenden, Gebrauch zu machen.

Wächter, Wechsellehre, §. 163. 193.

Renaud, Lehrbuch des Wechselrechts, §. 79.

Red.

21.

Haftet die Wittwe, welche sich nach L.R.S. 767 ff. in die Verlassenschaft ihres verstorbenen Ehemannes hat einweisen lassen, unbedingt für die Erbschaftsschulden oder nur bis zum Betrage der Verlassenschaft?

Das Oberhofgericht hat nach Annalen 25 S. 319 und Annalen 28 S. 225 die gleiche Frage bezüglich Vermögensübergabe dahin beantwortet, daß die Haftbarkeit für Schulden nicht weiter gehe, als der Werth des übernommenen Vermögens beträgt, und hat im ersteren Falle den gleichen Grundsatz für die Erbfolger ausgesprochen, indem es unterschied zwischen jenen Universalsuccessionen, welche eine Repräsentation der Person des Vorgängers in sich schließen, und zwischen jenen, wo die Succession nur eine Nachfolge in das Vermögen ohne Fortsetzung der Persönlichkeit des Vorgängers ist, wie bei Erbfolge und bei Vermögensübergaben, indem es für letztere den Grund der Haftbarkeit nur in dem Besitze des Vermögens fand und deßhalb solche auf den Betrag dieses Vermögens beschränkte, sofern derselbe gehörig festgestellt ist. Die gleiche Ansicht ist in den Jahrbüchern für badisches Recht Band I. S. 382 von der Redaction vertheidigt, wobei die nämliche Entscheidung, wie in Annalen 28 S. 225, mitgetheilt wird.

Auch Zachariä IV. §. 640 vor und in Bemerkung 10 ist bezüglich der Erbfolger der gleichen Ansicht, wobei er sich insbesondere auf die französische Fassung vom L.R.S. 723 beruft, weil es dort heißt: „les biens passent aux enfants naturels etc."

Da Brauer jene Stelle mit den Worten: „folgen in dem Vermögen" übersetzt hat, so ist dies Argument für uns von geringerer Bedeutung, obwohl nach dem alten Satze: „Bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno", auch die Brauer'sche Uebersetzung zu dem gleichen Resultate führen würde. Auch hat Brauer, Erläuterungen II. S. 208 deutlich ausgesprochen, daß nach seiner Meinung der Erbfolger nur dann unbedingt für die Schulden der Verlassenschaft haftet, wenn er die Errichtung des Inventars unterlassen hat, und auch dies wird nur darauf gestützt, daß alsdann der Erbfolger den Bestand der Verlassenschaft nicht zu beweisen vermöge.

Gilbert, Bemerkung 2 zu Art. 767 ist derselben Ansicht bezüglich des überlebenden Ehegatten, führt aber in Bemerk. 3 zu Art. 793 an, daß die Frage unter den französischen Schriftstellern bezüglich sämmtlicher Erbfolger sehr bestritten sei.

Demolombe, Par. Ausg. XIV. S. 333—337, Belg. Ausg. VII. S. 333 hat sich für die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen, indem er sich darauf beruft, daß Art. 767 ff. nur Vorsichtsmaßregeln wegen etwaiger Erben des Erblassers vorschreiben, aber die Frage wegen Haftbarkeit für Schuldenzahlung gar nicht berühre, und diese nach allgemeinem Rechtsbegriffen dahin beantwortet werden müsse, daß die Erbfolger als Universal-Successoren

auch ultra vires haften, wenn sie nicht unter der Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses die Verlassenschaft übernommen haben. Diese Gründe widerlegen sich nun einmal aus der obigen sicher richtigen Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten der Universal-Succession, und zum Andern aus der Betrachtung, daß L.R.S. 769. 773 den Erbfolgern überhaupt die Errichtung eines Inventars zur Pflicht macht, es mithin nicht nochmals eines solchen bedarf, um der Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses theilhaftig zu werden.

Aubry und Rau, Par. Ausg. 3. Aufl. V. S. 383 vor und in Bemerkung 24 hat ganz die richtige Ansicht und läßt die Erbfolger nur dann für die Schulden unbedingt haften, wenn sie kein getreues Inventar errichtet haben, und zwar, wie Brauer, nur deßhalb, weil sie dann den Bestand der Verlassenschaft nicht beweisen können. Die gegentheiligen Meinungen werden dort damit widerlegt, daß auch nicht eine Stelle des Code Napoléon bestehe, aus welcher sich selbst mittelst Analogie solche rechtfertigen lasse und vielmehr dies Gesetzbuch, indem es den Erbfolgern die Erbgewähr versagt, zu erkennen gibt, daß dieselben die Person des Erblassers nicht repräsentiren und in Folge dessen für seine Schulden nur als Inhaber seines Vermögens haften — nach der obenangeführten Rechtsregel bona non etc.

Wie demnach die beschränkte Beantwortung der obigen Frage für Baden die besten Autoritäten und auch weit triftigere Gründe für sich hat, als die Ansicht von Demolombe, so entspricht dieselbe auch den Bedürfnissen des Lebens, was besonders bei der Erbfolge des überlebenden Ehegatten und des Staates klar wird. Es wird nämlich einem Nichtrechtskundigen schwer werden, zu begreifen, daß er nach Errichtung eines Inventars noch besondere Förmlichkeiten bedürfe, um sich die Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses zu sichern. Unterwirft man sodann diese Erbfolger den einengenden Vorschriften der L.R.S. 796 ff., so werden sie sich nicht leicht der Uebernahme einer Verlassenschaft unterziehen, welche ihnen meistens nur deßhalb zukommt, weil sie überschuldet ist, und in Folge dessen wird dann die Gant über die Verlassenschaft erkannt werden müssen, bei welcher die Erbschaftsgläubiger noch größeren Verlusten ausgesetzt sind, als nach der hier vertheidigten Ansicht.

Ob Mann oder Frau der überlebende und eingewiesene Erbfolger ist, macht insofern einen Unterschied, als der Ehemann nach L.R.S. 1484 für den ganzen Betrag der Gemeinschaftsschulden unbedingt haftet, die Ehefrau aber nur für deren Hälfte, und nur bis zum Betrage ihres Antheils an der Gemeinschaft, sofern ein Inventar vorliegt.

Es darf nicht angenommen werden, daß der durch das Inventar festgesetzte Werth der Verlassenschaftsstücke für alle Zeiten und gegenüber den Erbschaftsgläubigern bindend sei; vielmehr haben diese das Recht, soweit die Verlassenschaft noch im Besitze des Erbfolgers ist, oder soweit sie dasselbe, z. B. mit der Pfandklage auch gegen Dritte verabfolgen dürfen, zum Gegenstand des Zugriffes zu machen, um aus dessen Werth, wie er sich dann herausstellt, bezahlt zu werden. Oberhofgericht in Annalen 28 S. 225.

J. S. Werthheimer gegen Betsch hat das Kreisgericht Baden in den Gründen zum Beweiserkenntniß vom 19. November 1867 die obige Frage ebenfalls zu Gunsten der Erbfolger entschieden.

Dr. Puchelt.

22.

Dem nach §. 1164 der Pr.O. bestraften Unterrichter steht das Rechtsmittel der Beschwerdeführung nach §. 1157 ff. der Pr.O. nicht zu.

In Sachen des Paul Kunz von Schlechtenau gegen die Gemeinde Geschwend wegen Vertragserfüllung ev. Entschädigung, hatte der Kläger gegen das Amtsgericht Sch. wegen Justizverzögerung Beschwerde geführt, welche von dem Appellationssenat des Kreis- und Hofgerichts Freiburg für begründet erklärt wurde, und zwar unter Verfällung des großh. Oberamtsrichters N. in die durch die Beschwerdeführung veranlaßten Kosten.

Gegen dieses Erkenntniß führte der zur Tragung jener Kosten verurtheilte Richter Beschwerde an das großh Oberhofgericht. Dieses erkannte jedoch am 10. Dezember 1867:

In Erwägung, daß das Rechtsmittel der Beschwerdeführung, wie von Weiler in den Motiven zu §§. 1249. 1250 des Entwurfs der Prozeßordnung andeutet, nur dazu dienen soll, Beschwerden im Verhältnisse der Partei zum Richter abzuhelfen, nicht aber das Verhältniß des Letzteren zum Obergerichte zu regeln;

nach Ansicht der Motive zu Art. XLI. des Entw. des Gesetzes zur Abänderung der bürgerrichen Prozeß-

ordnung vom Jahr 1851, worin die unter §. 1250a dem Oberrichter eingeräumte Befugniß, den Unterrichter in die Kosten der als begründet erscheinenden Beschwerde zu verfällen, damit begründet wird, daß jene Berechtigung, die Untergerichte wegen Nachlässigkeit zu strafen, zur wirksamen Ausübung des Oberaufsichtsrechts nothwendig sei, woraus hervorgeht, daß diese Maaßregel als eine disciplinäre Ahndung aufzufassen ist;

nach Ansicht der §§. 11. 33 der Gerichtsverfassung, wonach die Dienstaufsicht über die Amtsgerichte von den Appellationssenaten nach den Anordnungen des Justizministeriums ausgeübt wird und dem Oberhofgerichte eine Controle hierüber nicht eingeräumt ist, sowie nach Ansicht der §§ 2. 3 der Vollzugsverordnung zum Gesetze: Die Rechtsverhältnisse der Richter betr. vom 7. Oktober 1865 (Regbl. S. 623), worin auf Grund des §. 9 dieses Gesetzes verordnet ist, daß gegen eine vom Appellationssenat erkannte Ordnungsstrafe dem Bestraften die Beschwerdeführung an das Justizministerium zusteht;

wird die hierher gerichtete Beschwerde des großh. O.A.R. N. zu S. gegen die Verfügung des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg, Appellationssenat, vom 10. Oktober 1867, Nr. 2959, als unzulässig verworfen. Red.

23.

Kann der Staatsanwalt auch zu Gunsten des Angeschuldigten gegen amtsgerichtliche Urtheile den Rekurs ergreifen?

Für die Verneinung dieser Frage haben sich
Ammann, Anmerk. 2 zu §. 386 der St.P.O.,
Merz in den Annalen XXXI. S. 74 ff.,
C. Brauer in den Jahrb. für badisches Recht Bd. I. S. 502 und 503,

erklärt.

Für die Bejahung der Frage ist bisher noch keine Stimme laut geworden und doch lassen sich hiefür wichtige, und zwar, wie mir scheint, überwiegende Gründe geltend machen.

In der Wissenschaft haben früher über die Stellung und Aufgabe des Staatsanwalts im Strafverfahren verschiedene zum Theil ganz entgegengesetzte Ansichten geherrscht. Einige wollten ihn als den Advokaten des Staats, als den dem Angeklagten und Vertheidiger gegenübergestellten Ankläger, gleichsam als Partei gegen Partei, betrachtet und behandelt wissen.

v. Tippelskirch in Goltdammers Archiv für preuß. Strafrecht Bd. II. S. 447

und in der

Allg. Schwurgerichts-Zeitung von Demme von 1857 S. 274 ff.
Plank, systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens S. 34 ff.
Mittermaier im Gerichtssaal von 1858 S. 161 ff., 267 ff. und in der deutschen Strafrechts-Zeitung von Holtzendorf Bd. I. S. 38 ff.

Nach der Ansicht Anderer soll dagegen der Staatsanwalt nicht Partei, sondern der im öffentlichen Interesse handelnde unparteiische Vertreter des Gesetzes und der Rechtsordnung sein.

v. Groß in der Allg. Schwurgerichts-Zeitung von 1857 S. 113.
Schwarze im Gerichtssaal von 1859 S. 3 ff.
Haager ebendaselbst S. 351 ff.
Gendelin, die Staatsanwaltschaft in Deutschland S. 69 ff.

Schon beim ersten deutschen Juristentag wurde die Streitfrage über die Stellung und Aufgabe des Staatsanwalts im Strafverfahren zur Sprache gebracht.

Sowohl v. Groß als v. Seckendorf haben sich in ihrem Gutachten dahin erklärt, daß die Stellung der Staatsanwaltschaft nicht als Parteistellung aufzufassen, sondern ihr eine höhere, der Gerechtigkeit mehr entsprechende Aufgabe zuzutheilen sei.

Und in dem vom Schwarze Namens der ständigen Commission erstatteten Bericht ist gesagt:

„Der Staatsanwalt tritt im Namen und als Beamter des Staates auf. Er ist schon deßhalb nicht Partei und kann es nicht sein, weil eine Parteistellung mit der sittlichen wie rechtlichen Stellung des Staats, welcher ihn zu dem Amte berufen hat, unvereinbar sein würde."

Verhandlungen des ersten deutschen Juristentages Bd. I. Abth. II. S. 161 ff., 217. 267 ff.

In Uebereinstimmung hiemit wurde nach dem Vorschlag der ständigen Commission und der dritten Abtheilung vom zweiten deutschen Juristentag ohne Dis-

cussion und beinahe einstimmig über diese Frage folgender Ausspruch gegeben:

„Der Staatsanwalt nimmt in **keinem Stadium** der Untersuchung die Stelle einer **Partei** ein. Er soll nicht nur von jeder Parteilichkeit, sondern auch von jeder Parteieinseitigkeit sich frei halten und nur die Erforschung der materiellen Wahrheit als den Zweck des strafgerichtlichen Verfahrens anstreben, gleichviel ob diese zu **Gunsten oder Ungunsten** des Angeklagten gereicht. Insbesondere soll er ihm bekanntwerdende, dem Angeklagten günstige Thatsachen nicht verschweigen und die Verurtheilung desselben nicht da anstreben, wo er von der Unzulänglichkeit des Belastungsbeweises überzeugt ist."

Verhandlung des zweiten deutschen Juristentags Bd. II. Abth. II. S. 413 ff. 672 ff.

Der Grundgedanke dieses Ausspruches liegt schon in unserer früheren Gesetzgebung. Denn nach §. 7 des Gesetzes über die gerichtlichen Erkenntnisse und über die Rekurse gegen dieselben vom 3. August 1837 konnte der Staatsanwalt, wenn er die Gesetzmäßigkeit eines in Straffachen ergangenen hofgerichtlichen Erkenntnisses bezweifelte, hiegegen den Rekurs an das Oberhofgericht, sei es zum Nachtheil oder Vortheil des Angeschuldigten, ergreifen.

Dagegen konnte nach §. 273 der St.P.O. von 1845 und §. 114 des Einführungsgesetzes vom 5. Februar 1851 der Staatsanwalt gegen Urtheile der Amtsgerichte nicht rekurriren, außer, wenn das Amtsgericht in einer Sache, welche gar nicht zu seiner Gerichtsbarkeit gehörte, das Erkenntniß gegeben hat, in welchem Falle nach §. 22 des Einf.Ges. von 1851 auf Aufhebung des Urtheils angetragen werden konnte. Diese Unterscheidung hatte darin ihren Grund, daß nach der früheren Gesetzgebung und zwar nach §. 7 des allegirten Gesetzes vom 3. August 1837 der Staatsanwalt nur in hofgerichtlichen, nicht aber auch in amtsgerichtlichen Strafsachen bei der Aburtheilung mitzuwirken hatte.

Anbelangend die jetzige Gesetzgebung, so haben sich die Motive der großh. Regierung zum Entwurf der Strafprozeßordnung in Uebereinstimmung mit dem Ausspruch des deutschen Juristentages und auf den Grund desselben über die Stellung und Aufgabe des Staatsanwalts dahin erklärt, daß der Staatsanwalt kein Parteivertreter, sondern ein unparteiisches Organ der Rechtspflege sein und sein Bestreben auf Ermittlung der vollen und reinen Wahrheit gerichtet sein soll, gleichviel ob sie zum Vortheil oder Nachtheil der Anklage gereiche.

Ammann, Anmerk. 1 S. 78 und 79 zu §. 39 der St.P.O.

Ebenso hat Jolly in seinem in der ersten Kammer erstatteten Commissionsbericht über den Entwurf der Strafprozeßordnung auf S. 4 sich dahin ausgesprochen:

„Der Staatsanwalt hat im Strafprozeß unmittelbar eine einseitige Funktion; da sie ihm aber nur zur Erfüllung der Staatsaufgabe zugewiesen ist, den durch das Verbrechen eingetretenen Bruch der Rechtsordnung durch die Strafe wieder zu sühnen, so erscheint er überall nicht als Partei, sondern — wie das Gericht selbst — im Dienste der Idee der Gerechtigkeit, welchen Dienst er freilich nicht durch Entscheidung über Recht oder Unrecht, sondern durch einen parteiartigen Angriff auf das Unrecht erfüllt."

Diese Idee liegt der neuen Strafprozeßordnung zu Grunde, es soll daher nach dem Geiste der Strafprozeßordnung der Staatswalt in keiner Weise dem Angeschuldigten und seinem Vertheidiger gegenüber eine Parteistellung einnehmen, wie er auch im §. 259 (abweichend von §. 236 der St.P.O. von 1845) nicht neben diesen als Partei genannt wird.

Im Widerspruch mit den Grundsätzen des Anklageverfahrens hatte nun der Entwurf der St.P.O. im §. 387 und 388 den Rekurs des Staatsanwalts nur dann für zuläßig erklärt, wenn er als Ankläger (im Sinne des §. 317—319 d. St.G.B.) aufgetreten ist, oder wenn das Amtsgericht über eine strafbare Handlung erkannt oder einen Strafbefehl erlassen hat, deren Aburtheilung zur Gerichtsbarkeit eines höheren Gerichtes gehört.

Gegen diese Beschränkung des Rekursrechts des Staatsanwalts haben sich aber die Commissionen beider Kammern und diese selbst mit aller Entschiedenheit ausgesprochen. Es wurde daher der §. 388 des Entwurfs gestrichen und durch den §. 386 der St.P.O. ersetzt.

Hiernach kann gegen Urtheile der Amtsgerichte der Verurtheilte, die Staatsanwaltschaft und der Privatankläger den Rekurs an das Kreisgericht ergreifen und durch dieses Rechtsmittel alle Beschwerden geltend machen, welche die Aufhebung oder Abän-

derung des Urtheils bezwecken. Dadurch ist dem Staatsanwalt das Rekursrecht gegen amtsgerichtliche Urtheile unbedingt und unbeschränkt eingeräumt. Dieses ist in dem in der zweiten Kammer erstatteten Commissionsbericht zu §. 384 des Entwurfs (jetzt §. 386 der St.P.O.) folgend motivirt:

Die frühere Beschränkung des Rekursrechtes gegen amtsgerichtliche Urtheile habe darin ihren Grund gehabt, daß damals das Inquisitionsverfahren bestanden habe. Nachdem aber jetzt für amtsgerichtliche Strafsachen das Anklageverfahren gleichfalls eingeführt sei, so bringe es die Consequenz mit sich, daß dem Staatsanwalt ebenso wie dem Angeschuldigten das Rekursrecht einzuräumen sei.

Daraus geht doch gewiß klar hervor, daß das Rekursrecht des Staatsanwalts gegen amtsgerichtliche Urtheile in keiner Weise beschränkt, daß dieses Recht vielmehr so weit ausgedehnt werden wollte, als es früher gegen hofgerichtliche Erkenntnisse bestanden hatte.

Wenn Ammann in Anm. 2 zu §. 386 d. St.P.O. sagt, daß dem Staatsanwalt das Recht, den Rekurs zu Gunsten des Angeschuldigten zu ergreifen, nicht verliehen sei; so ist das Gewicht dieser Meinungsäußerung um so weniger zu verkennen, als Ministerialrath Ammann der Verfasser des Entwurfs und großh. Regierungscommissär zur Mitvertretung des Entwurfs in den Ständekammern war.

Allein von Seite der großh. Regierungscommission wurde weder in der Commission der zweiten Kammer noch in den Verhandlungen beider Kammern jene Ansicht geltend gemacht. Wäre sie geltend gemacht worden, so würde unzweifelhaft bei dem humanen und liberalen Geiste, der in der Commission und in den Kammern geherrscht hat, derselben mit Entschiedenheit entgegengetreten und in §. 386 mit dürren Worten bestimmt worden sein, daß der Staatsanwalt den Rekurs gegen amtsgerichtliche Urtheile sowohl zum Nachtheil als zum Vortheil des Angeschuldigten ergreifen kann. Man hat aber eine solche Bestimmung für überflüssig erachtet, weil man bei der Stellung und Aufgabe, wie sie die Strafprozeßordnung dem Staatsanwalt als einem unparteiischen Organ der Rechtspflege zugewiesen hat, als selbstverständlich annahm, daß der Staatsanwalt auch zu Gunsten des Angeschuldigten rekurriren könne. Man mußte dieses umsomehr annehmen, als man in Hannover es für nothwendig gefunden hat, in §. 213 der St.P.O. besonders zu bestimmen, daß der Staatsanwalt von dem Rechtsmittel der Berufung (Rekurs) gegen Urtheile der Strafkammern und Amtsgerichte zum Besten des Angeschuldigten keinen Gebrauch machen dürfe. Gerade der Umstand aber, daß man in Hannover eine solche Vorschrift für nothwendig erachtet hat (wie sie übrigens in keiner anderen Gesetzgebung besteht), spricht dafür, daß es einer besonderen Bestimmung über das Rekursrecht des Staatsanwalts zu Gunsten des Angeschuldigten nicht bedarf, weil dieses aus der Natur und dem Wesen der Staatsanwaltschaft als eines unparteiischen Organs der Rechtspflege von selbst sich ergibt. Das Gegentheil kann daraus nicht gefolgert werden, daß in §. 375 Ziff. 2 der St.P.O. eine besondere Bestimmung hierüber in Betreff der Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile der Schwurgerichte und der Strafkammern erlassen wurde. Denn die Nichtigkeitsbeschwerde gegen solche Urtheile, namentlich von Seiten des Staatsanwalts wird überhaupt nur ausnahmsweise zugelassen, daher eine genauere Bestimmung hierüber nicht zu umgehen war.

In den Jahrbüchern für badisches Recht S. 502 und 503 wird für die Verneinung der Eingangs aufgeworfenen Frage geltend gemacht, daß das Gesetz in §. 386 den Verurtheilten, die Staatsanwaltschaft und den Privatankläger bei Gestattung des Rekurses in Einer Reihe nebeneinander stelle, ohne in Bezug auf den Umfang des Rekursrechts des einen oder andern Theils, irgend eine Unterscheidung beizufügen; daß die Bestimmung in §. 375 Ziff. 2 nicht hieher bezogen werden könne; daß nach dem älteren Recht dem Staatsanwalt gegen amtsgerichtliche Urtheile gar kein Rekurs zugestanden sei; daß der Entwurf in §. 388 dem Staatsanwalt gegen solche Urtheile nur in beschränktem Maaße, zur Wahrung der höhern Gerichtsbarkeit, habe einräumen wollen, und daß auf den Antrag der Commission der §. 388 gestrichen und dem Staatsanwalt ebenso wie dem Angeschuldigten (nicht weiter) das Rekursrecht eingeräumt worden sei.

Es wird nicht schwer fallen, diese Argumentation zu widerlegen.

Ueber den Umfang des Rekursrechts des einen oder andern Theils wurde deßhalb keine specielle Bestimmung getroffen, weil sich dieser Umfang aus der prozessualischen Eigenschaft des einen oder andern Theils von selbst ergibt. Es versteht sich von selbst und bedarf keiner besondern Bestimmung darüber, daß der Verurtheilte nur insofern, als zu seinem Nach-

theil und der Privatankläger als Partei nur insofern, als zum Vortheil des Angeklagten entschieden worden ist, den Rekurs gegen ein Urtheil ergreifen kann (vrgl. 373 und 376 der St.P.O.). Was den Staatsanwalt betrifft, so ist derselbe, wie oben gezeigt, nach dem Geiste der Strafprozeßordnung kein Parteivertreter, sondern wie das Gericht selbst ein unparteiisches Organ der Rechtspflege. Daraus folgt von selbst, daß der Staatsanwalt gegen ein Urtheil nicht blos zum Nachtheil, sondern auch zum Vortheil des Angeschuldigten den Rekurs ergreifen kann. Daß dieses im Geiste der Strafprozeßordnung liegt, ergibt sich insbesondere aus der Vorschrift in §. 375 Ziff. 2 der St.P.O., wornach der Staatsanwalt sogar das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile der Schwurgerichte und der Strafkammern wegen unrichtiger Gesetzesauslegung oder Gesetzesanwendung sowohl zum Vortheil als zum Nachtheil des Angeschuldigten gebrauchen kann. Und gerade daraus, daß nach dem Antrage der Commission der §. 388 des Entwurfs gestrichen und dem Staatsanwalt ebenso wie dem Angeschuldigten das Rekursrecht eingeräumt worden ist, ergibt sich, daß der Staatsanwalt auch zu Gunsten des Angeschuldigten rekurriren kann, daß überhaupt das Rekursrecht des Staatsanwalts gegen amtsgerichtliche Urtheile in keiner Weise beschränkt, daß dieses Recht vielmehr soweit ausgedehnt werden wollte, als es früher gegen hofgerichtliche Erkenntnisse bestanden hatte.

In den Annalen XXXI. S. 74 ff. wird auch anerkannt, daß der Wortlaut des Gesetzes das Rekursrecht der Staatsanwaltschaft keiner Beschränkung unterwerfe, dagegen wird behauptet, daß dessenungeachtet mit Hinsicht auf die innern Gründe und insbesondere auf die Geschichte des Gesetzes das Rekursrecht dahin beschränkt werden müsse, daß es dem Staatsanwalt nur in seiner Stellung als Ankläger, wenn seinen zum Nachtheil des Angeklagten gestellten Anträgen nicht stattgegeben werde, zustehe, nicht aber auch zu Gunsten des Angeklagten ausgeübt werden dürfe.

Allein aus der Natur und dem Wesen der Staatsanwaltschaft und insbesondere der Geschichte des Gesetzes geht, wie oben gezeigt, gerade das Gegentheil hervor. Denn von der Commission und den Kammern wurde ja der §. 388 des Entwurfs, welcher dem Staatsanwalt nur in seiner Eigenschaft als Ankläger und wegen Mangels der Gerichtsbarkeit das Rekursrecht einräumen wollte, gestrichen und an dessen Stelle die Vorschrift in §. 386 gesetzt, wornach dem Staatsanwalt das Rekursrecht unbedingt und unbeschränkt zusteht, weil dieses als eine nothwendige Consequenz des Anklageverfahrens angesehen wurde.

Wenn daraus gefolgert werden will, daß dem Staatsanwalt nur in seiner Parteistellung als Ankläger gegenüber dem Angeklagten das Rekursrecht gestattet sei, so verstehe ich diese Logik nicht. Denn die ganze Berufsthätigkeit des Staatsanwalts beruht ja lediglich auf dem Anklageverfahren.

Gleichwohl ist aber nach den Motiven der großh. Regierung zum Entwurf der Strafprozeßordnung der Staatsanwalt kein Parteivertreter, er ist ein unparteiisches Organ der Rechtspflege, seine Aufgabe ist die Erforschung der materiellen Wahrheit. Deßhalb, so besagen die Motive weiter, muß er, der Staatsanwalt, bevor er einen Antrag auf Strafverfolgung stellt, gewissenhaft prüfen, ob dazu nach den ihm vorliegenden Thatsachen und Gesetzen hinreichender Grund vorliege und er hat sich dabei nicht etwa auf einen einseitigen Parteistandpunkt, sondern auf den eines unparteiischen Richters zu stellen. Er hat sodann im Laufe des ganzen Verfahrens sein Bestreben auf Ermittlung der vollen und reinen Wahrheit zu richten, mag sie zum Vortheil oder Nachtheil der Anklage gereichen, er würde pflichtwidrig und unehrenhaft handeln, wenn er die Ermittlung der dem Angeklagten günstigen Umstände hindern oder auch nur verschweigen wollte.

Ammann, Anm. 1 S. 78 u. 79 zu §. 39 d. St.P.O.

Nach der gegentheiligen Ansicht soll nun eine Unterscheidung gemacht werden, indem der Staatsanwalt bei Prüfung der Anzeige eines Verbrechens, bei Stellung der Anträge wegen Einleitung einer Untersuchung, in der Voruntersuchung sowie in der Hauptverhandlung der unparteiische Vertreter des Gesetzes und der Rechtsordnung sein soll.

Dagegen soll nach erlassenem Urtheil im Rekursverfahren das Wesen und die Natur der Staatsanwaltschaft nach der gegnerischen Meinung wie mit einem Zauberschlag der Art sich ändern, daß der Staatsanwalt seines schönsten Attributs, des Wächteramtes des Gesetzes, entkleidet wäre und nur noch als accusatorischer Advokat auftreten könnte. Wodurch aber diese Metamorphose ein-

treten soll, darüber sind uns die Gegner die Auskunft schuldig geblieben.

Dieser Unterscheidung steht auch der Ausspruch des Juristentags entgegen, daß der Staatsanwalt in keinem Stadium des Verfahrens die Stelle einer Partei einnehmen soll, womit die Motive der großh. Regierung zum Entwurf der Strafprozeßordnung übereinstimmen, indem sie besagen, daß der Staatsanwalt im Laufe des ganzen Verfahrens sein Bestreben auf Ermittlung der vollen und reinen Wahrheit richten soll.

Jener Unterscheidung steht ferner die Bestimmung in §. 375 Ziff. 2 der St.P.O. im Wege, wornach der Staatsanwalt nach erlassenem Urtheil sogar das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde zu Gunsten des Angeschuldigten ergreifen kann.

Gegnerischer Seits wird gesagt, daß der Staatsanwalt sich unter keinen Umständen für beschwert erachten könne, wenn seinen Anträgen gemäß erkannt worden sei. Damit ist aber nichts bewiesen. Denn in einem solchen Falle wird kein Staatsanwalt gegen ein Urtheil den Rekurs ergreifen, sondern es wird dieses nur dann geschehen, wenn und insofern der Stand der Sache durch das Ergebniß der Hauptverhandlung zu Gunsten des Angeklagten wesentlich sich ändert, oder wenn das Gericht über die vom Staatsanwalt gestellten Anträge hinausgeht, z. B. eine höhere Qualification des Verbrechens annimmt oder einen Strafmilderungsgrund nicht berücksichtigt. Außerdem wird es geschehen, wenn der Staatsanwalt beim Rekursgericht anderer Ansicht ist, als der Vertreter der Staatsanwaltschaft bei den Amtsgerichten.

Hiegegen wird gegnerischer Seits geltend gemacht, daß das öffentliche Interesse, welches von der Staatsanwaltschaft zu vertreten sei, in erster und zweiter Instanz nicht ein verschiedenes sein könne, sondern nach der Natur der Sache immer das gleiche bleiben müsse, möge die Staatsanwaltschaft auch in verschiedenen Instanzen von verschiedenen Personen vertreten werden, daher, wenn den Anträgen der Staatsanwaltschaft gemäß ein verurtheilendes Erkenntniß ergangen sei, der Staatsanwalt am Rekursgericht den Rekurs nicht zu Gunsten des Angeschuldigten ergreifen könne.

Allein eine derartige Einheit und Untheilbarkeit des Personals der Staatsanwaltschaft ist unserem Gesetze fremd, was sich aus §. 394 Ziff. 2 der St.P.O. klar ergibt, indem hiernach im Falle eines Rekurses das Urtheil ohne öffentlich-mündliche Verhandlung erlassen werden kann, wenn das Gericht und der Staatsanwalt die Beschwerde des Verurtheilten als begründet erkennen. Diese Vorschrift findet auch dann Anwendung, wenn eine der in §. 44 Abs 2 der St.P.O. genannten Behörden den Rekurs ergriffen hat.

Angesichts der erwähnten Bestimmung in §. 394 Ziff. 2 der St.P.O. springt nun aber die totale Grundlosigkeit der Behauptung in die Augen, daß der Staatsanwaltschaft beim Rekurse der reine Parteistandpunkt als Ankläger zugewiesen sei. Und damit ist der gegentheiligen Ansicht über die Beschränkung des Rekursrechtes der Staatsanwaltschaft jedes Fundament entzogen. Denn hat der Staatsanwalt das Recht, im Rekursverfahren die Beschwerde des Verurtheilten für begründet zu erklären, d. h. mit andern Worten: Nach ergriffenem Rekurs des Verurtheilten zu Gunsten desselben auf Abänderung des amtsgerichtlichen Urtheils anzutragen, so wäre es eine unbegreifliche Inconsequenz, wenn dem Staatsanwalt nicht auch das Recht zustehen würde, selbstständig gegen das Urtheil zu Gunsten des Angeschuldigten den Rekurs zu ergreifen.

Zur Unterstützung der gegentheiligen Ansicht wird sich ferner noch darauf berufen, daß die §§. 389. 391 u. 396 d. St.P.O. vom Gegentheil des Rekurrenten sprechen, somit bei dem Rekurse allemal eine Gegenpartei des Rekurrenten, also auch der rekurrirenden Staatsanwaltschaft voraussetzen, die Gegenpartei der Staatsanwaltschaft aber immer nur der Angeschuldigte sein könne, und daß im Falle eines Rekurses von Seite der Staatsanwaltschaft zu Gunsten des Angeschuldigten die in §. 390—392 der St.P.O. vorgeschriebenen zwischen dem Rekurrenten und dessen Gegentheil vorzunehmenden Rekursverhandlungen als überflüssig erscheinen würden.

Wie schwach dieses Argument ist, geht daraus hervor, daß der im Tit. XXV. stehende §. 381 der St.P.O. ebenfalls vom Gegentheil spricht, während der in demselben Titel stehende §. 375 Ziff. 2 dem Staatsanwalt das Recht der Nichtigkeitsbeschwerde auch zum Vortheil des Angeschuldigten gestattet.

Wenn auch im Falle des Rekurses zu Gunsten des Angeschuldigten Rekursverhandlungen zwischen diesem und dem Staatsanwalt überflüssig wären, so kann dadurch doch an dem Rechte des Rekurses selbst nichts geändert werden.

Erwähnenswerth ist noch, daß in den §§. 379. 390. 392 und 397 des Entwurfs der Ausdruck „Gegner“

sich befand, daß aber von der Commission der zweiten Kammer statt dessen der Ausdruck „Gegentheil" gebraucht wurde und dieser Ausdruck in die §§. 381. 389. 391 und 396 der St.P.O. überging, um dadurch zu erkennen zu geben, daß auch im Stadium des Cassations- und Rekursverfahrens der reine Parteistandpunkt nicht eingenommen werden dürfe.

Ich glaube hiemit nachgewiesen zu haben, daß innere Gründe für die Verneinung der Eingangs aufgeworfenen Frage nicht vorliegen, daß vielmehr aus der Natur und dem Wesen der Staatsanwaltschaft, aus der Geschichte und dem Geiste des Gesetzes, aus dem Gesetze selbst (insbesondere aus §. 394 Ziff. 2 der St.P.O.) sich ergibt, daß der Staatsanwalt auch zu Gunsten des Angeschuldigten den Rekurs ergreifen könne. Haager.

24.

Der Eigenthümer einer Forderung, gegen welchen ein Sicherheitsarrest auf diese Forderung erwirkt ist, §. 606 Ziff. 3 der P.O., verliert nicht schon dadurch, daß ihm selbst — sondern erst dadurch, daß dem Schuldner der mit Beschlag belegten Forderung von diesem Beschlag Eröffnung gemacht wird, die Verfügungsgewalt über jene Forderung. L.R.S. 1690. 1691. 1141. 1242.

Lauckhard IX. S. 368, XII. S. 61.
Annalen XXI. S. 160.

Die Zahlung einer giltigen und fälligen Schuld durch den nicht verganteten Schuldner kann gegen den Gläubiger, welcher dieselbe angenommen hat, in der Regel nicht, sondern nur ausnahmsweise aus ganz besonderen, eine gefährdevolle Willensrichtung des Gläubigers verrathenden Umständen auf Grund des L.R.S. 1167 angefochten werden.

Jahrb. n. F. XI. S. 432.
Annalen XVIII. S. 395.
Jahrb. n. F. X. S. 199. 200. 203. 205. 206, XIII. S. 45. 122.
Brauer, Erl. VI. S. 243.
Lauckhard VII. S. 35.

In Sachen
des großh. Amtsrevisors a. D. Steinmetz in Durlach, Klägers, Appellanten, Oberappellanten
gegen
Ludwig Maisch in Bruchsal und die Leihhauskasse Bruchsal, beziehungsweise die Gemeinde Bruchsal, Beklagte, Appellaten, Oberappellaten

Unwirksamkeit einer Cession und eines unbedingten Befehls betr.

Kläger, welcher einen Gutskaufschillingstermin nebst Zins an den Beklagten L. Maisch zu fordern hatte, war mit dem Klagbegehren aufgetreten, daß ein von diesem, seinem Schuldner, zu Gunsten der Stadtgemeinde Bruchsal abgelegtes Schuldanerkenntniß von 15,000 fl. — beziehungsweise der daraufhin ergangene unbedingte Befehl, und ebenso eine von Maisch zu Gunsten dieser Gläubigerin gemachte Cession ausstehender Forderungen — dem Kläger gegenüber für unwirksam erklärt werden sollten; und fand sich beschwert, daß die Vorderinstanzen ihn mit diesem Gesuche abgewiesen haben. Dem großh. Oberhofgericht erschien aber diese Beschwerde nicht als begründet, indem es ein bestätigendes Urtheil (vom 18. Januar 1868) erließ und — wie folgt — motivirte:

„Mit Unrecht sucht der Kläger zunächst die von Maisch gemachte Cession aus dem Grunde als unwirksam darzustellen, weil Kläger seinerseits auf dieselben, in der Cession begriffenen, Ausstände des Maisch an Pachtschillingen bereits einen Sicherheitsarrest erwirkt gehabt habe, und das deßfallsige richterliche Decret dem Cedenten Maisch bereits zugestellt gewesen sei, bevor die Cession geschah. Denn, wie schon die Vorderinstanzen hervorgehoben haben, durch die Eröffnung des Arrestdekretes an den Arrestbeklagten Maisch war die Verfügungsgewalt desselben über seine zur Beschlagnahme bezeichneten Ausstände noch nicht unbedingt aufgehoben. Durch die blose Vereinbarung über die Cession von Seiten der Cedenten mit dem Cessionar ist nehmlich Ersterer gesetzlich nicht verhindert, dessenungeachtet von dem Schuldner die — bereits abgetretene — Forderung noch einzuheben, L.R.S. 1691, oder einem Andern mit Wirkung zu cediren, so lange der erste Cessionar nicht durch eine Kundgebung nach L.R.S. 1690

in ein festes Verhältniß zu dem abgetretenen Schuldner selbst getreten ist.

Troplong, vente Nr. 882—885. 888.

Ebenso erlangt ein Arrestdekret, wonach ein Schuldner des Arrestbeklagten nicht mehr an diesen, sondern an den betreibenden Arrestkläger bezahlen solle, wie auch aus L.R.S. 1242 zu entnehmen, erst seine, die Verfügung des bisherigen Gläubigers ausschließende, Wirkung durch die Eröffnung an diesen Schuldner und durch den diesem dann nach dem Gesetz anzudrohenden Rechtsnachtheil.

Marcadé zu Art. 1691.

Es ist daher der auf den oben bemerkten Grund gebauten Anfechtung der Cession mit Recht von den Vorderinstanzen keine Folge gegeben worden.

Wenn sodann der Kläger das erwähnte Klagbegehren auch auf eine, zu seinem Nachtheil zwischen dem Beklagten Maisch und der Stadtgemeinde Bruchsal verübte, Gefährde stützen will: so ist auch diese Klagbegründung mit Recht von den Vorderinstanzen nicht anerkannt worden rc.

Durch den vom Kläger bekämpften Cessionsakt vom 8. Juli 1866 hat sich die Gemeinde Bruchsal dem Wesen nach nur eine Zahlungszuweisung zu Gunsten ihrer wirksamen und fälligen Forderung von ihrem Schuldner ertheilen lassen. Es ist nehmlich in jenem Akte für die Abtretung der Pachtschillingsforderungen nicht etwa ein besonderer Cessions- oder Kaufpreis bestimmt, welcher also allein dem Cedenten zu gut kommen könnte; sondern es sind die Pachtschillingsposten der Stadtgemeinde Bruchsal schlechthin für ihre Forderung, an Zahlungsstatt, und, wie es weiter heißt „beziehungsweise als Abschlagszahlung" überlassen, so daß dem Cedenten Maisch jedenfalls alle von den cedirten Schuldnern geleisteten Zahlungen auf seine Schuld zu gut gerechnet werden müssen. Es ist in dieser Hinsicht dasselbe Verhältniß, wie bei einer vom Richter im Vollstreckungswege ergangenen Zuweisung ausstehender Forderungen an Zahlungsstatt. Man könnte daher in diesem Akte, wodurch sich diese Gemeinde die Bezahlung ihrer Forderung aus der Hand der Schuldner ihres Schuldners gesichert hat, eine Gefährde gegen andere Gläubiger nur insofern annehmen, als dieß überhaupt bei einer Zahlung zulässig wäre, welche ein Gläubiger für eine giltige und fällige Forderung von seinem Schuldner, bevor über denselben Gant ausgebrochen ist, in Empfang genommen hat. Bekanntlich wird nun für einen solchen Fall und selbst wenn der Gläubiger die sonstige Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners gekannt haben sollte, im gemeinen Recht nach dem bestimmten Ausspruch der

L. 6 §. 7. Dig. quae in fraud. creditorum facta sunt (42. 8) und L. 24 in fin. ibid.

ziemlich allgemein die actio Pauliana als ausgeschlossen betrachtet;

man vrgl. Franke im civ. Archiv Bd. XVI. §. 2 S. 133;
v. Vangerow, Pand. Bd. III. §. 697;
v. Holzschuher, Theorie rc. Civ.R. Bd. III. §. 330 S. 1159 ff.;
Schweppe, Concurs §. 33.

Es kann dieser Grundsatz auch bei Art. 1167 des Code civ., obwohl dieser nicht so bestimmt lautet, aber doch im Allgemeinen das römische Recht zur Grundlage hat, wenigstens als Regel angenommen werden, von welcher nur bei ganz besonderen Umständen eine Ausnahme stattfindet,

man vrgl. Aubry et Rau sur Zachariae (3. Ausg.) Bd. III. §. 313 S. 94.

Wenn hiebei die französischen Schriftsteller den Art. 446 ff. des Code de commerce Anh. S. 213 ff. als singulären nur für Handelsganten giltigen Bestimmungen die Anwendung auf andere Fälle versagen,

man vrgl. Aubry et Rau l. cit. S. 98,

so fällt allerdings dieser Grund in unserer Gesetzgebung insofern weg, als diese Bestimmungen durch die §§. 725 und 726 der Pr.O. auch auf die gewöhnlichen Ganten übertragen worden sind. Allein da auch diese Bestimmungen doch immerhin zunächst nur den Fall im Auge haben, wo dem angefochtenen Akte in Wirklichkeit ein Gantausbruch nachgefolgt ist, und da unter dem §. 726 der Pr.O. namentlich auch der Fall, wo eine Zahlung auf eine noch nicht fällige Schuld (aber früher als in den letzten zehn Tagen vor dem Gantausbruch) geschah, begriffen ist; §. 726 vrgl. mit §. 725 der Pr.O., so müßten in einem Fall, wie der vorliegende, wo es sich um eine Zahlung auf eine fällige Schuld handelt, und wo noch kein Gantausbruch nachgefolgt ist, ganz besondere Umstände vorhanden sein, um insbesondere auf Seiten des Gläubigers eine gefährdevolle Willensrichtung anzunehmen, wie es der L.R.S. 1167 (franz. Text en

fraude de leurs droits) und §. 726 beziehungsweise Art. 447 (en fraude des créanciers) erfordert. Solche Umstände sind aber hier nicht vorhanden.

Es fehlt nemlich zuvorderst schon an dem Beweise, daß bei L. Maisch zur Zeit des fraglichen Cessionsaktes vom 8. Juli 1866 eine Vermögensunzulänglichkeit bestanden habe. Das Vermögen desselben umfaßt ausweislich der Verhandlungen verschiedenes an verschiedenen Orten und theilweise in andern Staaten gelegenes Besitzthum, und bewegen sich die Aktiven und Passiven in größeren Summen, wobei aber die Verhältnisse in den Verhandlungen keineswegs so aufgeklärt sind, daß auch jetzt ein bestimmter Ausspruch über den wahren Vermögensstand gegeben werden könnte. Es kann daher nicht angenommen werden, daß die Stadtgemeinde Bruchsal damals in dem Bewußtsein von der Vermögensunzulänglichkeit des Maisch gehandelt habe, und zwar um so weniger als Letzterer selbst, sowohl damals wie auch jetzt einen solchen Stand seines Vermögens entschieden in Abrede gestellt hat. Die Gemeinde Bruchsal konnte auch bei Maisch, welcher anerkanntermaßen damals wegen an ihr verübten Vergehens der Rechnersuntreue, beziehungsweise der Unterschlagung in Untersuchung und in Verhaft genommen war, bei den bekannten Wirkungen eines Ersatzes bei solchen Vergehen wohl andere genügende Bestimmungsgründe unterstellen, aus welchen es demselben angelegen sein mußte, die Gemeinde durch die paratesten Mittel zu decken, ohne daß sie bei demselben die Absicht, andere Gläubiger zu verkürzen, annehmen mußte.

Unter diesen Verhältnissen würde es dann auch noch kein gefährdevolles Bewußtsein im Sinne von L.R.S. 1167 auf Seite der Gemeinde Bruchsal gebildet haben, wenn wie klägerischerseits behauptet, aber beklagterseits widersprochen ist, dem Vertreter der Gemeinde schon Kenntniß von dem durch den Kläger erwirkten Sicherheitsarrestdekret zugekommen gewesen wäre: denn es handelte sich dann nicht darum, den Kläger überhaupt von der Befriedigung aus dem Vermögen des Maisch auszuschließen, sondern nur darum, gerade dieses pareteste Zahlungsmittel der Pachtschillinge der Stadtgemeinde Bruchsal, statt dem Kläger, zu Theil werden zu lassen; und gerade auch das Verhalten des Klägers, welcher auch seinerseits anstatt auf Ganterkennung gegen Maisch anzutragen, seine Betreibung noch gegen diesen persönlich und zum Zweck einer ausschließlichen Befriedigung gerichtet hatte, wäre geeignet gewesen, die Stadtgemeinde Bruchsal in der Annahme zu bestärken, daß sie es mit einem solventen Schuldner zu thun habe.

Hiernach muß also das Begehren des Klägers, den Cessionsakt auf Grund der Gefährde unwirksam zu erklären, abgewiesen beziehungsweise das dahin lautende Urtheil der Vorderinstanzen bestätigt worden.

Red.

23.

Zur Auslegung des L.R.S. 1346.

Rudolph Mähly von Hausbaden hatte gegen Joseph Mayer jung von Müllheim einen Forderungsbetrag von 624 fl. 11 kr., aus mehreren Posten bestehend, eingeklagt und war damit vom großherzoglichen Kreisgerichte Lörrach wegen fehlenden Beweises abgewiesen worden. Auf Appellation des Klägers wurde das erstinstanzliche Urtheil von dem Appellationssenate des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg am 13. Juni v. J. aus folgenden dem L.R.S. 1346 entnommenen Gründen bestätigt.

Die Appellation des Klägers ist gegen Ziffer 1 des Urtheils des großh. Kreisgerichts Lörrach vom 28. März gerichtet, wodurch er mit dem Forderungsbetrage von 624 fl. 11 kr. aus Heu-, Stroh- und Haferverkauf herrührend, abgewiesen wurde.

Es handelt sich nun, nachdem beklagter Seits in zweiter Instanz die auf L.R.S. 1346 gestützte Einrede der Unklagbarkeit der Forderung vorgeschützt wurde, zunächst darum, ob in thatsächlicher Hinsicht der Fall dieses L.R.S. vorliegt und wie diese Gesetzesstelle auszulegen ist.

Aus den angerufenen Vorakten ergibt sich, daß der Kläger mit Klage vom 16. Aug. 1864 mehrere unbeurkundete Forderungsposten, vom Jahre 1859 und ff. herrührend, gegen den jetzigen Beklagten eingeklagt hat, und daß auch darüber erkannt wurde, — während die jetzt eingeklagte hier in Frage liegende Forderung gleichfalls unbeurkundet ist und schon vor der Klage vom August 1864, nämlich im Jahr 1859 entstanden sein soll. — Der Fall des angeführten L.R.S. liegt daher unzweifelhaft vor. — Dieser L.R.S. sagt aber mit unzweideutigen Worten, daß alle nicht in einer und derselben

Klagschrift eingeführten unbeurkundeten Forderungen nachher unzulässig seien. Mit diesem bestimmten Ausspruch des Gesetzes ist klar die spätere Unklagbarkeit solcher Forderungen ausgesprochen. L.R.S. 4 a. — Der Zweck des Gesetzes ist — schon seiner Stellung im Gesetzbuche nach —, daß die Umgebung der gesetzlichen Vorschriften über Zulässigkeit des Zeugenbeweises verhütet werde. — Dieser Zweck würde nicht erreicht, wenn — wie gegen den Wortlaut des Gesetzes schon angenommen werden wollte, — die Androhung desselben sich nur auf den Ausschluß des Zeugenbeweises beziehen würde. Bei dieser Auslegung wäre es einem Gläubiger mehrerer Forderungsposten unbenommen, anfänglich, um für einen die Summe von 75 fl. nicht übersteigenden Theil seiner Forderungen dem Zeugenbeweis Eingang zu verschaffen, diesen Theil einzuklagen, den weitern Betrag seiner Forderungen aber einer spätern Einklagung vorzubehalten, und sich dann zum Beweise der Eideszuschiebung zu bedienen. — Damit hätte er gegen die Absicht des Gesetzes für einen Theil seiner Forderungsposten den Zeugenbeweis gewonnen. — Eine solche Manipulation zur Umgehung des Gesetzes ist nur dann abgeschnitten, wenn die nachherige Einklagung der ausgelassenen Posten durchaus für unzulässig erklärt, der Verlust des Klagrechts angedroht ist. Deßhalb ist zu unterstellen, daß dieses die Absicht des Gesetzgebers war, und es stimmt daher Grund und Zweck des Gesetzes mit dessen Wortlaut überein. — In zweiter Reihe ist auch anzunehmen, daß durch die Bestimmung des L.R.S. 1346 eine Mehrheit von Processen abgeschnitten werden wollte, welcher Zweck gleichfalls nicht erreicht würde, wenn die Androhung des Gesetzes sich nur auf den Ausschluß des Zeugenbeweises und nicht auf den Verlust des Klagerechts beziehen würde.

§. 258 der Pr.O. (280 der Pr.O. vom Jahr 1851) steht der Vorschrift des L.R.S. 1346 nicht entgegen, da die generelle Bestimmung jenes P.O.§. nur insoweit Anwendung finden kann, als nicht durch ein specielles Gesetz, als welches L.R.S. 1346 betrachtet werden muß, etwas Anderes verordnet ist.

Vrgl. Annalen der großh. bad. Gerichte I. S. 190—192, XXVII. S. 102. 103.

Zachariä, französisches Civilrecht (V. Aufl.) §. 758 am Schluß vor Note 17 und Note 17.

Marcadé zu Art. 1346 unter IV.

Da aus obigen Gründen der Kläger sein Klagerecht für den hier in Frage liegenden Forderungsbetrag verloren hat, war das erstinstanzliche Urtheil zu bestätigen und der Kläger nach Ansicht des §. 170 der P.O. in die Kosten dieser Instanz zu verfällen.

v. Litschgi,
Kreisgerichtsrath in Freiburg.

26.

Literaturbericht.

Von der Bearbeitung des Strafgesetzbuchs durch Herrn Kreisgerichtsdirector Dr. Puchelt ist soeben die dritte Lieferung der zweiten Abtheilung erschienen. Diese, das dankenswerthe Werk abschließende, Lieferung enthält die Titel XLI.—L., das Vorwort des Herrn Verfassers, eine Inhaltsanzeige und ein ausführliches Register.

Die vor letzterem eingeschobenen Nachträge und Berichtigungen beurkunden den Fleiß, die Umsicht und Pünktlichkeit des Herrn Verfassers. Derselbe spricht sich in dem Vorwort über den Plan, den er bei seinem Commentar befolgte, dahin aus:

„Ich bezweckte zunächst, aus den Quellen das Wichtigste mitzutheilen und die Ergebnisse der badischen Literatur zu benützen. Sodann schien es mir geeignet, das gemeine Recht und die andern, neuen deutschen Strafgesetze in vergleichende Rücksicht zu nehmen, um auch hier dem Gefühle nationaler Zusammengehörigkeit Ausdruck zu verleihen und um der Praxis den ihr so nothwendigen Zusammenhang mit der Wissenschaft zu bewahren, so wie ich darin ein fruchtbringendes Auslegungsmittel fand. Unter den neuen Gesetzen habe ich mit besonderer Vorliebe jenes von Preußen berücksichtigt, weil es für die Gegenwart und Zukunft des außeröstreichischen Deutschlands die größte Bedeutung hat.

Sodann habe ich vom Standpunkte der allgemeinen und meiner persönlichen Erfahrungen Bemerkungen beigefügt, die ich als dienlich für eine künftige Revision unseres Strafgesetzbuches erachtete ꝛc. ꝛc.

Endlich habe ich überall, wo mir das Gesetz zu Zweifeln Anlaß zu geben scheint, oder wo Streitfragen bestehen, meine eigene Ansicht begründet und ausgesprochen ꝛc. ꝛc."

Die neuen Gesetze über Presse, Vereine und Ministerverantwortlichkeit sollen sofort nach ihrer Publication mit dem Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen in einem Ergänzungsbande erscheinen. Stf.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. **Band XXXIV.** **No. 4.**

27.

Zum Thatbestande der Unterschlagung wird erfordert, daß die Absicht, die anvertraute Sache dem zur Rückforderung Berechtigten ohne Ersatz zu entziehen, zur Zeit der Zueignung derselben vorhanden gewesen sei.

Als solche Zueignung kann die vor dem bürgerlichen Richter erfolgte falsche Behauptung der Zurückgabe oder Ablieferung jener Sache nicht betrachtet werden.

St.G.B. §. 400.

Auf Grund dieser Sätze erließ das großh. Kreisgericht Heidelberg, als Abtheilung der Strafkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim unter dem 28. Dezember 1865 in der Anklagesache gegen Wilhelm Friedberg von Mannheim wegen Unterschlagung ein freisprechendes Urtheil. Die hiegegen Seitens der großh. Staatsanwaltschaft erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom großh. Oberhofgericht mit Erkenntniß vom 1. Februar 1866 als unbegründet verworfen.

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe besagen:

Das thatsächliche Verhältniß des vorliegenden Falles ist nach den Feststellungen der Strafkammer folgendes:

Der Angeklagte besorgte gegen Provision für Müller Genz zu Heidelberg den Verkauf von Mehl und hatte die Befugniß, die Kaufpreise für Genz einzuziehen, womit selbstverständlich die Verpflichtung verbunden war, dieselben an Genz abzuliefern.

Er nahm nun auch im Frühjahr 1864 von Bäcker Leupold in Heidelberg an Mehlkaufpreis 234 fl. 20 kr. ein, verwendete diese Summe in den eigenen Nutzen, stellte sodann in einem auf Ablieferung desselben an Genz gegen ihn eingeleiteten bürgerlichen Rechtsverfahren die Behauptung auf, die Ablieferung an den Buchhalter des Genz, Max v. Stipplin, gemacht zu haben, wurde aber im gedachten Verfahren, nachdem v. Stipplin einen ihm zugeschobenen Haupteid über das Nichtwahrsein der Ablieferung geschworen hatte, zur Zahlung mehrerwähnter Summe an Genz verurtheilt.

Nach der weitern Annahme der Strafkammer ist gegen den Angeklagten nicht dargethan, daß er zur Zeit der Verwendung des Geldes in eigenen Nutzen die im §. 400 des St.G.B.'s zum Thatbestand der Unterschlagung erforderte Absicht, dasselbe dem Genz ohne Ersatz zu entziehen, gehabt habe, wohl aber, daß ihm, als er im bürgerlichen Rechtsverfahren die Ablieferung fälschlich behauptete, diese Absicht inne gewohnt habe.

Wenn bei dieser Sachlage die Strafkammer den Angeklagten von der Anschuldigung der Unterschlagung freisprach, hat sie nicht, wie Seitens der großh. Staatsanwaltschaft geltend gemacht wurde, das Gesetz irrig ausgelegt oder angewendet (St.P.O. §§. 373[7]. 375[2]); es erscheint vielmehr die Beschwerde der großh. Staatsanwaltschaft als unbegründet.

Daß Angekl. das Geld in eigenen Nutzen verwendete, hatte an und für sich keine strafrechtliche Verantwortlichkeit zur Folge. St.G.B. §. 400 vrgl. mit §. 687.[1]) Es fällt das hier um so mehr in das Auge, als Geld eine vertretbare Sache ist. Angeklagter hatte keineswegs eine unter das Strafgesetz gestellte Verbindlichkeit, die eingenommene Summe sofort in den Münzen, in welchen er sie eingenommen, an Genz abzuliefern.

In dem — außer der Verwendung des Geldes in eigenen Nutzen — dem Angeklagten zur Last gelegten wissentlich unwahren Behaupten der Zahlung der betreffenden Summen an den Buchhalter v. Stipplin kann aber ein Akt der Zueignung im Sinne des Strafgesetzes (St.G.B. §. 400) nicht gefunden werden. Schon der Begriff der Zueignung paßt an und für sich nicht auf eine im bürgerlichen Prozesse aufgestellte Behauptung. Zu beachten ist auch, daß der §. 249 der bürg. P.O. eine besondere Strafsatzung für das im bürgerlichen Rechtsverfahren eintretende wissentliche Behaupten unwahrer Thatsachen enthält. Entscheidend ist aber für die Anschauung, daß das fragliche Behaupten keine Zueignung im strafgesetzlichen Sinne bilde, die Bestimmung des §. 401 des St.G.B., wodurch selbst das wissentlich

wahrheitswidrige Abläugnen des Rechtsgeschäfts, welches die Sache, zu deren Rückgabe oder Ablieferung der Beschuldigte verpflichtet ist, in dessen Hände lieferte oder das so geartete Abläugnen des Empfangs gedachter Sache nur eine Vermuthung der absichtlichen, die Unterschlagung bedingenden Zueignung begründen soll, während doch das wissentlich unwahre Behaupten der Zahlung oder Ablieferung hinsichtlich der strafrechtlichen Bedeutung jenem Abläugnen — abgesehen davon, daß der §. 401 des St.G.B.'s eben nur dieses Abläugnens gedenkt — keineswegs an die Seite gestellt werden kann.[2]) Offenbar ist nämlich das Abläugnen für die Rechtssicherheit viel gefährlicher, als die Aufstellung falscher Behauptungen, indem erstere den zur Abforderung der Sache Berechtigten zum Beweise des Rechtsgeschäfts, welches die Hingabe dieser Sache vermittelte, bezw. der Hingabe selbst verpflichtet, während letztere nur die Folge erzeugt, daß der Behauptende, wenn er Vortheil aus seiner Behauptung ziehen will, diese beweisen muß. Es mochte hiernach dem Gesetzgeber einerseits als geboten erscheinen, dem Abläugnen eine strafrechtliche Bedeutung beizulegen, während er nichts destoweniger andererseits die Bekämpfung wissentlich falscher Behauptungen recht wohl lediglich dem Gebiete des bürgerlichen Rechtsverfahrens überlassen konnte.

Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen, erkannt.

Anmerkung.

[1]) §. 687 sagt im Gegensatze zu §. 400 „Oeffentliche Rechner oder Verwalter, welche Gelder oder andere Gegenstände ihrer Verwahrung oder Verwaltung in ihren eigenen Nutzen verwenden, werden als der Rechnersuntreue schuldig, von der Strafe der Unterschlagung, und zugleich von Dienstentlassung oder Dienstentsetzung getroffen."

Die Rücksicht auf die Sicherheit des öffentlichen Eigenthums, die Nothwendigkeit keinerlei Eingriffe in solches zu gestatten, rief gebieterisch die Bestimmung hervor, die Verwendung öffentlicher Gelder oder andere Gegenstände des öffentlichen Eigenthums ohne alle Rücksicht auf die Absicht des Wiederersatzes zu bestrafen. Vrgl. St.G.B. §. 695 (siehe auch C. pén. Art. 169. 408). Das baierische Strafgesetzbuch von 1813 hatte in den Artikeln 362. 436 den §. 687 unseres Strafgesetzbuchs ähnliche Bestimmungen, und äußerte sich über das Privatverbrechen der Unterschlagung in folgender Weise:

„Art 229. Wer eine Sache für einen Andern in Besitz oder Gewahrsam hat, und sich dieselbe rechtswidrig zueignet, ist der Unterschlagung schuldig. Art. 230. Diese That ist für vollendet zu erachten, sobald der Besitzer die ihm anvertraute Sache dem zur Zurückforderung Berechtigten wissentlich abgeleugnet, oder dieselbe ganz oder zum Theile veräußert, verkauft, oder sonst eine Handlung, wozu bloß der Eigenthümer berechtigt sein kann, damit vorgenommen hat." Gönner critisirte in den Jahrb. der Gesetzgebung und Rechtspflege in Baiern I. Bd. S. 231 und ff. (1818) mit Hinblick auf die Erfahrungen des praktischen Lebens den Art. 229 und gelangt hiebei (a. a. O. S. 249. 250) zu folgender Anschauung:

„Im Sinne des Strafgesetzbuchs kann demnach bei anvertrauten Sachen eine unbefugte oder dem Privatrecht zuwiderlaufende Zueignung für sich allein, und ohne Beitritt einer, diese Handlung zum Verbrechen steigernden Absicht nicht für ein Privatverbrechen oder Vergehen strafbarer Unterschlagung angesehen, sondern der Ausdruck des Artikels 229 „„rechtswidrig zueignet"" muß mit Rücksicht auf den Zusammenhang aller Bestimmungen des Strafgesetzbuches, besonders der Artikel 362 und 456 erklärt werden. Dieser Weg führt zu der Ueberzeugung, daß zu der Unterschlagung als Privatverbrechen oder Vergehen nebst der unbefugten Zueignung der fremden Sache noch die Absicht, sie dem Berechtigten ganz und ohne Ersatz zu entziehen, oder, wie der Artikel 456 sagt, die Sache zu veruntreuen, erfordert wird; diese Absicht ist es, was die Handlung als eine strafrechtswidrige Zueignung in das Gebiet des Strafrechts versetzt." Mittermaier erzählt in Hitzig's Annalen der Kriminalrechtspflege VII. Band (1838) S. 6. 7, daß auf Gönner's Erörterungen hin im bair. Entwurfe eines Strafgesetzbuchs vom Jahr 1822 die Fassung des Artikels 229 verändert worden, daß aber insbesondere in den Entwürfen von 1827 und 1831 geradezu die Absicht, die Sache den Eigenthümern ohne Ersatz zu entziehen, zum Thatbestand der Unterschlagung gefordert worden sei und fährt (S. 25) fort:

„Die Hauptsache ist die Absicht bei der Unterschlagung. Wir sind überzeugt, daß nach dem Vorbilde des bairischen Entwurfs von 1827 und des badischen Ent-

wurfs von 1838 im Gesetze die Absicht so charakterisirt sein soll: Absicht, die Sache dem zur Rückforderung Berechtigten ohne Ersatz zu entziehen. Nur dadurch wird das Verbrechen, das im Sinne der C. C. C. dem Diebstahl gleichgestellt werden soll, und nach der Ansicht des deutschen Rechts als ein diebisches Behalten erscheint, wirklich als eine dem Diebstahl verwandte Eigenthumsbeeinträchtigung gelten können; nur dadurch wird das Verbrechen, das wie Diebstahl gestraft werden soll, von andern Handlungen unerlaubter Selbsthülfe oder widerrechtlichen Benützung des fremden Vermögens unterschieden." Andere deutsche Gesetzbücher stellen das Erforderniß der Absicht, ohne Ersatz zu entziehen, nicht auf. Das hess. Gesetzbuch Art. 379 spricht von „widerrechtlicher Zueignung in der Absicht, die Sache dem Eigenthümer oder sonst Berechtigten zu entziehen," das braunschw. §. 220 von „gewinnsüchtiger Absicht," das württemb. Art. 344 lediglich von „widerrechtlicher Zueignung," die es dann exemplificirt (Veräußerung, Verbrauch, Verpfändung in auf Zueignung gerichteter Absicht, Abläugnen und Verheimlichen des Besitzes in gleicher Absicht); in ähnlicher Weise gedenkt das preuß. St.G.B. §. 225 der Absicht gar nicht, und führt nur einzelne Zueignungsakte auf. Köstlin, Abh. aus dem Strafrechte S. 348. 351 hält das Erfordern der durch §. 400 unseres St.G.B. verlangten Absicht für zu weit gehend. Dieser §. 400 gelangte mit einer kleinen Modifikation so in das Gesetz, wie er als §. 361 in dem Regierungsentwurfe erschien. (Verh. der Ständevers. 1839/40 II. K. 4. Beil.H. S. 48.) Die Motive zum Entwurf (a. a. O. S. 137) sagen u. A.:

„Auch zum Thatbestande der Unterschlagung bedarf es einer äußeren Handlung, wodurch die Absicht der widerrechtlichen Zueignung der fremden Sache, welche der Thäter bereits inne hat, sich auf bestimmte Weise äußerlich erkennbar darstellt."

Der Abg. Bohm sagt in seinem Commissionsberichte (a. a. O. 7. Beil.H. Nr. 8 S. 17:

„Man hat zwar im Laufe der Commissionsberathungen von einigen Seiten eingewendet, dadurch, daß man zum Thatbestande der Unterschlagung verlange, daß bei der Zueignung der Sache der Thäter die Absicht gehabt haben müsse, die Sache dem zur Rückforderung Berechtigten ohne Ersatz zu entziehen, würden die meisten Fälle der hieher gehörigen Eigenthumsbeeinträchtigungen straflos bleiben, weil der Thäter das Vorhandensein jener Absicht nicht zugestehen und sie zu beweisen sehr schwer, ja in den meisten Fällen unmöglich sein würde," und fährt fort: Seitens der Mehrheit der Commission habe man diesem Einwurfe keinen Raum gegeben, „weil es nicht auf eine bloße Ausrede des Angeschuldigten ankommen könne, sondern aus den Umständen der That geschlossen werden müsse, ob der Thäter die ernstliche Absicht der Wiedererſatzleistung gehabt habe, oder nicht." Als der gedachte Commissionsbericht in der Kammer zur Berathung gelangte, stellte der Abg. Sander den Antrag, die Worte „ohne Ersatz" wegzulassen. Hierüber entspann sich eine umfangreiche Discussion, bei welcher allseits unterstellt wurde, es liege im Sinne des Gesetzentwurfes, daß die fragliche Absicht im Augenblicke der Zueignung der Sache vorhanden sein müsse. (Ständervhdl. a. a. O. 7. Protocollb. S. 115 u. ff.) So sagte Sander (S. 115): „Es muß also nachgewiesen werden, daß er (der Thäter) in dem Augenblicke, wo er die Sache nimmt, die Absicht gehabt habe, es, ohne dem Eigenthümer Ersatz zu leisten, zu thun," Bohm (S. 117). „Ich muß mich dem Antrage des Abg. Sander widersetzen; er geht in der Beziehung zu weit, daß er die Unterschlagung auf den objektiven Thatbestand gesetzt wissen will. Er hat lediglich die Sache, die in Gefahr steht, vor Augen, während sich auch das Verbrechen nach der bösen Absicht dessen der es begeht, richten muß. Wir müssen also auch die Strafe darnach erkennen, wenn der subjektive Thatbestand, diese böse Absicht, vorhanden ist. Es können Fälle vorkommen, wo Jemand in der besten Absicht sich die Sache aneignet und wo es ein wahrer Zufall ist, daß später eine Beschädigung eintritt." — „Von dem einen Zufall, ob der Thäter, welcher ursprünglich die im Paragraphen vorausgesetzte böse Absicht nicht hatte, später in eine schlimmere Lage gekommen ist, die ihn verhindert hat, die Sache zu ersetzen, können wir nicht die Bestrafung abhängig machen." Der Abg. Baumgärtner (S. 119): „Nach dem Entwurf, wie er hier vorliegt, soll das Verbrechen der Unterschlagung dadurch charakterisirt sein, daß Derjenige, der eine fremde Sache in seinen Nutzen verwendet, gleich anfänglich die Absicht gehabt haben muß, sie nicht wieder zu ersetzen."

[2]) Diese Anschauung theilen Mittermaier a. a. O.

S. 22. 23 und Dollmann in den Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Baiern X. S. 195. Beide unterscheiden sich jedoch darin, daß Mittermaier, wie die oben stehenden oberhofg. Entscheidungsgründe auf das Beweisverhältniß Gewicht legt, während Dollmann den Grund der fraglichen Ansicht darin finden will, „daß die Verweigerung der Restitution aus einem Rechtsgrunde kein Delict sein könne, weil hiebei der Inhaber die Herrschaft des Rechts im objektiven Sinne anerkenne und nur das subjektive Recht seines Gegners bestreite.

Roßhirt.

28.

Zur Begründung eines gegen eine Gemeinde in Anspruch genommenen Rechts genügt es nicht, zu behaupten, daß die Gemeinde das Recht übertragen habe, sondern der Beschluß der Gemeindebehörde, wodurch der Wille der Gemeinde ausgesprochen, bezw. der Beschluß der Staatsbehörde, wodurch die etwa erforderliche Genehmigung dazu ertheilt worden, ist jeweils genau anzugeben.

Auch der Nichtwissenseid darf nicht in jener allgemeinen Form zugeschoben werden.

§. 530 der P.O.

Eine interversio possessionis nach L.R.S. 2238 führt nur dann zur Ersitzung, wenn

a) der Widerspruch des Besitzers auf einem privatrechtlichen Anspruch beruht, und

b) wenn der Gegenstand des Besitzes durch Ersitzung erworben werden kann.

Das Genußrecht an einer Liegenschaft, welches dem Inhaber einer andern Liegenschaft eingeräumt ist, kann nur als eine Grunddienstbarkeit aufgefaßt werden.

Der an Häuser- und Hofgutsbesitzer vertheilte Allmendgenuß ist, wo nicht das Gegentheil bestimmt ist, widerruflich, steht also dem Berechtigten kraft Gemeinderechts zu. Nur unwiderruflich auf dem Besitz bestimmter Güter oder Häuser haftende Nutzungsrechte an Allmendgütern können als Privatrechte (§§. 104. 113 der G.O.) vor dem Civilrichter geltend gemacht werden.

Annalen 1858 XXV. Nr. 26 II. S. 207.

Der Negatorienklage kann die Einrede der Verjährung von dem Beklagten nicht entgegengehalten werden, dessen angeblicher Rechtstitel durch Ersitzung nicht erworben werden kann.

J. S.

der Stadtgemeinde Ladenburg, Klägerin, Appellatin, Coappellantin, Oberappellatin

gegen

mehrere Güterbesitzer in Ladenburg 2c., Beklagte, Appellanten, Coappellaten, Oberappellanten

Eigenthumsfreiheit betr.

Die Beklagten beschwerten sich gegen das Urtheil der zweiten Instanz, wodurch ihnen nach dem Antrag der klagenden Gemeinde das Recht zum Genuß mehrerer Allmendgrundstücke, welches sie als Eigenthümer dreier Hofgüter auf Ladenburger Gemarkung beansprucht hatten, aberkannt, und die Herausgabe dieser Grundstücke an die Klägerin aufgegeben wurde.

Die Klage stellte sich nach ihrem Begehren als eine Negatorien- und Vindikationsklage dar. Da indessen die Beklagten das Eigenthumsrecht der Klägerin an den fraglichen Grundstücken zugestanden und ihre Herausgabe nur insofern verweigert haben, als sie damit den von ihnen als Besitzern bestimmter Hofgüter beanspruchten Genuß der Grundstücke aufzugeben hätten, so handelte es sich nur um die Beurtheilung der Negatorienklage.

Dieser — unzweifelhaft rechtlich und nach dem Anerkenntniß des klägerischen Eigenthumsrechts auch thatsächlich begründeten — Klage ward nun in erster Reihe entgegengehalten, daß die klagende Gemeinde vor den 1770er Jahren den damaligen Besitzern der den Beklagten gehörigen Hofgüter, als solchen, ein Waiddienstbarkeitsrecht auf Ladenburger Gemarkung eingeräumt gehabt und denselben in den 1770er Jahren gegen Aufgabe dieses Rechts den bleibenden Besitz und Genuß der streitigen Grundstücke um einen jährlich zu zahlenden Canon überlassen habe. — Das Appellationsgericht hatte jedoch diese Einrede, welche klägerischerseits widersprochen wurde, und deren Beweis nur durch Zuschie-

bung des Haupteides an die Klägerin angetreten werden konnte, aus dem Grunde verworfen, weil sie in thatsächlicher Beziehung nicht gehörig begründet, insbesondere der Inhalt der Beschlüsse der Gemeinde- und Staatsbehörde, wodurch die Bewilligung der fraglichen Berechtigungen an die Vorfahrer der Beklagten ausgesprochen, beziehungsw. genehmigt wurde, nicht genau angegeben werden konnte. Dies war auch nach der Ansicht des großh. Oberhofgericht deßhalb nöthig, damit der Richter in den Stand gesetzt wurde, nicht nur zu ermessen, ob die betreffenden Beschlüsse in der gesetzlichen Form, also in einer die Gemeinde bindenden Weise, zu Stande gekommen seien, sondern auch zu beurtheilen, ob die Berechtigungen, welche die Gemeinde darnach an die Vorfahrer der Beklagten als Besitzer von Gütern ihrer Gemarkung verliehen haben soll, auf einem privatrechtlichen oder einem öffentlich-rechtlichen-Titel beruhten, — ob sie namentlich nicht etwa bloß einen widerruflichen Allmendgenuß bildeten, wie ein solcher nach den vorliegenden Akten der Verwaltungsbehörde im Jahr 1780 den Vorfahren der Beklagten, sowie den übrigen Gefreiten und allen Bürgern der Gemeinde gegen Entrichtung einer Umlage eingeräumt wurde. — Die Entscheidungsgründe zum oberhofg. Urtheil vom 6. Februar 1868 besagen ferner bezüglich des über diese Einrede zugeschobenen Haupteides: „Die Beklagten nehmen zwar an, daß die Beurtheilung dieser Fragen den Vertretern der klagenden Gemeinde auf den Eid gegeben werden könne, weil nach dem Schlußsatz des §. 530 der P.O. stets an die Ueberzeugung eines Delaten appellirt werden dürfe, dabei wird jedoch übersehen, daß nach den übrigen Bestimmungen des §. 530 eine Eideszuschiebung nur über Handlungen einer Person stattfindet, daß es daher auch nur die Handlung eines Dritten, nicht aber ihre rechtliche Beurtheilung ist, wegen deren nach dem Schlußsatz des §. an die Ueberzeugung eines Delaten appellirt werden darf ꝛc." —

Die Beklagten hatten ferner vorgeschützt, daß sie ihr Genußrecht durch Ersitzung erworben hätten, indem sie behaupteten, daß sie, bezw. ihre Vorfahrer im Jahr 1833 der damaligen Erklärung der Klägerin, wornach ihnen nur ein widerruflicher Allmendgenuß zustehen sollte, einen förmlichen Widerspruch unter Hinweisung auf die §§. 104. 108 und 113 der Gemeindeordnung entgegengesetzt, dadurch aber nach L.R.S. 2238 ihren Besitztitel, wenn er auch ursprünglich ein prekärer gewesen sein sollte, in einen zur Ersitzung tauglichen verwandelt hätten, und daß die Klägerin diesen Besitz innerhalb der darauf gefolgten 30 Jahre nicht gestört, namentlich keine Klage auf Anerkennung der Freiheit ihres Eigenthums von der angesprochenen Genußberechtigung angestellt habe.

Diese Einrede stellte sich jedoch ebenfalls als unbegründet dar. — „Zuvörderst läßt sich ihr entgegenhalten, daß die Beklagten, bezw. ihre Vorfahrer, in den Schreiben, womit sie das Ansuchen der Klägerin um Rückgabe der Grundstücke zurückwiesen, ihr Genußrecht nicht mit voller Bestimmtheit für ein auf einem privatrechtlichen Titel beruhendes ausgegeben hatten, während die Klägerin nur bei Erhebung eines privatrechtlichen Anspruchs Anlaß zur Anstellung einer Negatorienklage gehabt hätte ꝛc. Die Einrede der Ersitzung würde ferner nur unter der Voraussetzung als begründet erscheinen können, wenn die beanspruchte Berechtigung nach dem Gesetz durch Ersitzung zu erwerben wäre; denn ein dem Rechte des Eigenthümers entgegengesetzter Widerspruch im Sinne des L.R.S. 2238 kann nicht bewirken, daß Sachen ersitzbar werden, welche gesetzlich nicht ersitzbar sind.

Annalen XI. S. 124—127.
Demolombe VI. (XII.) Nr. 789.
Aubry und Rau II. §. 251 S. 550. 551 mit Note 2. 3, §. 185 Note 29.

Die von den Beklagten zu Gunsten ihrer Hofgüter geltend gemachte Berechtigung ist nun aber keine solche, welche seit dem Jahr 1833, also unter der Herrschaft des Landrechts, hätte ersessen werden können. — Die Beklagten geben sie für ein emphyteutisches Recht aus; allein mit Unrecht, denn, obwohl nach unserem Landrecht noch emphyteutische Rechte, — das Nutzeigenthum und der Erbbestand — in Geltung bestehen, so setzen doch beide nach L.R.S. 577 a.b und 1831 b.h die Verbindlichkeit zur Zahlung von Handlohn voraus, — eine Verbindlichkeit, die Beklagterseits nicht behauptet werden konnte, — und lassen überdieß die durch sie gewährten Genußrechte an Personen, nicht aber an den Besitz bestimmter Liegenschaften gebunden erscheinen (L.R. S.543. 543 a), während das Genußrecht der Beklagten auf ihren Hofgütern haften soll. Hiernach, und weil das Gesetz auch keine an den Besitz von Liegenschaften geknüpfte Nutznießung oder Nutzung kennt, ließe sich die

von den Beklagten beanspruchte Berechtigung, wenn sie anders als ein zum Vortheil einer Liegenschaft bestehendes Privatrecht an einer fremden Sache anerkannt werden soll, nur als eine Grunddienstbarkeit auffassen, wobei übrigens noch vorauszusetzen wäre, daß sie geeignet ist, nicht blos ein persönliches Interesse der Beklagten zu befriedigen, sondern auch einen Vortheil für ihre Hofgüter zu gewähren. Dies vorausgesetzt, wäre aber die Dienstbarkeit nur eine unständige und verborgene und daher nicht durch Ersitzung zu erwerben.
L.R.S. 688. 689. 691. —

Daß das vom Beklagten, Grafen von Wiser, beanspruchte Genußrecht beim Eintrag des Kaufs seines Hofguts im Grundbuch der klagenden Gemeinde als ein dem Gute anklebendes bezeichnet wurde, ist schon deßhalb unerheblich, weil es nicht zugleich für ein unwiderrufliches ausgegeben wurde. (Annalen XXV. S. 207)."

Die Beklagten hatten endlich auch die Einrede der Klagenverjährung vorgeschützt. Aber auch diese Einrede stellte sich als unbegründet dar. „Die Negatorienklage ist nämlich unverjährbar, in wie fern sie gegen einen Anspruch gerichtet ist, der nicht durch Ersitzung erworben werden kann, — und sich der Beklagte gegen die Klage nur auf eine Ersitzung zu beziehen vermöchte. (Zachariä IV. §. 772.) Da dies nun aber nach dem oben Bemerkten von der Genußberechtigung, welche die Beklagten für ihre Hofgüter ansprechen, gilt, so ist auch die vorliegende Klage, obgleich sie schon vor 30 Jahren hätte erhoben werden können, nicht verjährt." —

Red.

29.

1) Verträge, die unter der Form eines belasteten Rechtsgeschäfts eine Schenkung enthalten, sind gültig, wenn sie nicht in fraudem legis geschlossen sind.

2) Wird bei Abtretung einer Lebensversicherungspolice, die auf jährliche Prämienzahlung gestützt ist, der Betrag der bisher bezahlten Prämien dem Uebernehmer geschenkt, so bildet nicht die Versicherungssumme, sondern nur der Betrag dieser Prämien nebst Zinsen die einwurfspflichtige Schenkung.

(Bensinger Erben gegen Kahn-Bensinger.)

Inhaltlich einer am 15. September 1864 errichteten Notariatsurkunde übertrug Friedrich Bensinger, welcher am 11./18. September 1856 bei der Gesellschaft Royale Belge sein Leben für eine Summe von 40,000 Francs gegen Zahlung einer jährlichen Prämie versichert und inzwischen 11,520 Francs Prämien bezahlt hatte, seine Rechte und Pflichten aus dieser Police auf seinen Sohn Julius Bensinger und seinen Stiefsohn Heinrich Kahn-Bensinger je zur Hälfte zu sofort unwiderruflichem Eigenthum, indem er anerkannte, die bis dahin bezahlten Prämien im Betrage von 11,520 Francs durch seine zwei Rechtsnehmer vergütet erhalten zu haben; die weiter verfallenden Prämien, erstmals für 1864, sollten die genannten Rechtsnehmer an die Gesellschaft berichtigen, dafür aber s. Z. die Versicherungssumme von 40,000 Frcs. beziehen. Durch Urkunde vom 22. Oktober 1864 genehmigte die Royale Belge die ihr notificirte Uebertragung, indem sie die Herren J. B. und H. K. B. als in die Rechte und Pflichten des ursprünglich Versicherten eintretend anerkannte. Von F. B. in den Besitz der mit dieser Anerkennung versehenen Police gesetzt, bezahlte H. K. B. in den Jahren 1864—66 die Hälfte der Jahresprämie mit je 720 Francs und ebenso nach den vorliegenden Quittungen je 192 Francs Zinsen für die Jahre 1864 und 1865 aus den von F. B. vor der Rechtsübertragung auf die Police entnommenen Darleheu im Betrage von 3840 Francs, für welche er, obgleich in das Uebertragungsurkunde davon nicht die Rede, der Gesellschaft gegenüber die persönliche Schuldnerschaft hatte übernehmen müssen.

Nachdem nun am 8. November 1866 F. B. mit Tod abgegangen, verlangten seine Erben (die leiblichen Kinder) in erster Reihe die Nichtigerklärung der Cession vom 15. September 1864, weil solche eine verschleierte Schenkung enthalte, die für Schenkungen unter Lebenden vorgeschriebenen Förmlichkeiten aber nicht beobachtet seien, also nach L.R.S. 931. 932 die Schenkung nichtig sei; fürsorglich aber begehrten sie unter der Behauptung, daß F. B. mit seiner Freigebigkeitshandlung den Freitheil überschritten habe, die Minderung der Schenkung nach Maßgabe des Freitheils. Der Beklagte H. K. B. dagegen bestritt, daß eine Schenkung vorliege, denn

wenn er auch die ihn treffende Hälfte der 11,520 Francs nicht baar bezahlt habe, so sei bei der Uebertragung bedungen worden, daß durch dieselbe und durch die Bescheinigung des Empfangs der Prämiensumme die Verbindlichkeiten ausgeglichen sein sollten, welche F. B. gegen den Beklagten für vieljähriges Salair, für Einräumung verschiedener Vortheile bei der Theilung auf Ableben der Mutter des Beklagten u. s. w. habe. Sodann behauptete er, daß, selbst wenn der Akt vom 15. September 1864 eine verschleierte Schenkung enthalte, sowohl der Akt als die Schenkung giltig seien, und daß F. B. mit einer etwaigen Freigebigkeit den verfügbaren Vermögenstheil nicht überschritten habe. Deßhalb begehrte er widerklagend die Anerkennung seines Anspruchs auf den hälftigen Policenbetrag mit 20,000 Francs, den Ersatz der für das Jahr 1865 bezahlten Darlehenszinse mit 89 fl. 36 kr. nebst Zins aus dieser Auslage seit 9. November 1865 und unter der Behauptung, daß die Royale Belge am 8. März 1867 sich zur Auszahlung der Versicherungssumme bereit erklärt habe, 5 p.Ct. Zinsen aus 20,000 Francs von diesem Tage an.

Mit Urtheil vom 9. März 1867 erkannte die Civilkammer des Kreis- und Hofgerichts Mannheim unter Abweisung der Klage nach den Begehren der Widerklage. Die Entscheidungsgründe besagen:

„Was zunächst die Klage betrifft, so erscheint dieselbe in ihrem Hauptbegehren, wie in ihrem fürsorglichen Antrag als unbegründet und hinfällig. Der Gerichtshof nimmt dabei an, daß F. B. wirklich am 15. September 1864 dem H. K. B. eine Schenkung gemacht habe, so daß von einer Erörterung der Ansprüche, welche damals Letzterer zu besitzen glaubte, vollständig abgesehen und auch die Frage unerörtert bleiben kann, ob die Schenkung einen remuneratorischen Charakter gehabt habe. Unter der Annahme, daß hier wirklich eine verschleierte Schenkung vorliegt, erscheint nämlich solche ungeachtet der Unterlassung der Förmlichkeiten des L.R.S. 932 als vollkommen rechtsgiltig. Nach der feststehenden übereinstimmenden Ansicht der Wissenschaft und Gerichtspraxis sind die von den L.R.S.S. 931 und 932 vorgeschriebenen Förmlichkeiten der Schenkung nur nöthig, wenn eine Schenkung unter Lebenden gemacht und als solche in einer Urkunde ausdrücklich errichtet werden soll, während mit Umgehung dieser Förmlichkeiten jede Schenkung unter Lebenden in die Form eines belasteten Geschäfts gekleidet werden kann, wenn dies nicht in fraudem legis, z. B. zur Begünstigung einer unfähigen Person (L.R.S. 911. 1099) geschieht.*)

„Die Kläger berufen sich zwar für ihre entgegenstehende Ansicht auf die neueste Autorität über den Code civil, Démolombe, Cours de Code civil X. Nro. 101, allein dieser Schriftsteller bekennt selbst seine einsame Stellung in dieser Frage und seine Argumentation ist nicht im Stande, jenen anerkannten Satz zu erschüttern. Démolombe selbst bezeichnet eine, anläßlich eines wirklichen belasteten Vertrags unterlaufene, verschleierte Schenkung als giltig (Nro. 97. 98) und in dieser Richtung kann das Gesetzbuch in seinen Sätzen 1121. 1973 zur Bestätigung angerufen werden. Allein ganz dasselbe muß auch für den Fall gelten, wo die Form des belasteten Vertrages lediglich eine Schenkung birgt. Die Ordonnanz von 1731 unterwarf den Förmlichkeiten nur les actes portant donation, also die wirklichen Schenkungsurkunden, und damit stimmt der Text von 931 überein. Es wäre auch gar nicht abzusehen, warum, sobald der Form nach ein gültiger Vertrag vorliegt, noch Formalitäten eines ganz anders gearteten Geschäftes hinzutreten sollten; die einzige zu der Gültigkeit der Form hinzutretende Bedingung ist die Erlaubtheit des Inhalts.

Contractus simulatus valet secundum id quod actum est, si eo modo valere possit. (Favre lib. XXI. tit. XII.) Non praesumitur fraus nec simulatio in eo quod alia via obtineri potest. (Dumolin T. 1 p. 443 Nro. 29.)

Car il est permis de faire indirectement ce que l'on peut faire directement. (Troplong Nro. 739.)

Wenn Démolombe gegen den letzterwähnten Schriftsteller einwendet:

La chose que l'on peut faire ici directement, ce n'est pas simplement de donner, c'est de donner avec les solennités requises, et donner sans ces solennités, ce n'est pas faire indirectement la chose permise, c'est faire précisément tout le contraire, so ist trotz seiner Berufung auf eine weitere Autorität dieser Einwand ganz haltlos, weil er auf einer Ver-

*) Vrgl. Savigny, System Bd. IV. S. 216 und über die gemeinrechtlichen Einschränkungen der Schenkungen durch erschwerende Formen Bd. IV. S. 194—224, sowie die Beilage X. S. 587—601. D. E.

mengung von Form und Inhalt beruht, und es genügt die Hinweisung auf die von Démolombe selbst angerufene reiche Literatur und auf die Thatsache, daß auch die Praxis der badischen Gerichte stets für die Giltigkeit der verschleierten Schenkung sich aussprach,

Annalen II. 233, XXII. 235.

Oberhofg. Jahrbücher III. 16, XI. 167,

um von einer weitern Erörterung dieser Frage Umgang nehmen zu können.

„Da nun Seitens der Kläger nicht behauptet werden konnte, daß es sich um eine Schenkung an eine unfähige Person handle, so erübrigt die Prüfung der Frage, ob F. B. durch die vorgenommene Liberalität seinen Freitheil überschritt. Nach der Darstellung der Kläger wäre dies der Fall, denn sie berechnen bei einem reinen Vermögen von 32,856 fl. 37$^1/_4$ kr., also einem Freitheile von 8214 fl. 9$^5/_{12}$ kr. als Betrag der verschleierten Schenkung den ganzen Versicherungsbetrag abzüglich der erhobenen Darlehen, also 36,160 Francs = 16,874 fl. 40 kr., so daß die Schenkung hiernach um 8660 fl. 30$^7/_{12}$ kr., oder die den Beklagten treffende Hälfte um 4330 fl. 15$^1/_4$ kr. gemindert und auf 4107 fl. 4$^1/_4$ kr. herabgesetzt werden müßte. Allein vor Allem kommt in Betracht, daß von einer Schenkung im Betrag der vollen Versicherungssumme nach Abzug der Darlehen für den Zeitpunkt vom 15. September 1864 überall nicht die Rede sein kann und auch eine Zurückberechnung auf den Werth der geschenkten Sache am Todestage nach L.R.S. 922 nicht Platz greift. Wenn auch die Lebensversicherung einen aleatorischen Charakter hat, so liegt doch, so lange derjenige, auf dessen Leben die Versicherung steht, am Leben ist und die Prämienzahlung fortgesetzt werden muß, ein unzweifelhafter Besitz der ganzen Versicherungssumme nicht vor; es bedarf der ununterbrochenen Fortsetzung der Prämienzahlung, damit auf den Todestag die ganze Summe liquid wird. Von einer Schenkung der ganzen Summe kann ebensowenig, wie von einer eigentlichen Cession derselben die Rede sein, ein Akt, wie der vorliegende, enthält vielmehr die Ersetzung der alten Police durch eine neue. Ursprünglich war F. B. der Versicherte, der zur Prämienzahlung Verpflichtete, auf dessen Leben die Versicherung eingegangen wurde; durch den Akt vom 15. Septbr. erscheinen dagegen, wie die Royale Belge durch den Akt vom 22. Oktbr. anerkannte, J. B. und H. K. B. als die zur Prämienzahlung verpflichteten Versicherten, deren Anspruch auf das Ableben des F. B. bedingt wurde. Für diesen Eintritt hat sich F. B. den Ersatz der bis dahin bezahlten Prämien ausbedungen und indem die zum Scheine ausgestellte Quittung eine Schenkung in sich barg, hat er nicht 40,000 Francs, oder doch 36,160 Francs, sondern lediglich die bezahlten Prämien, wovon es den Beklagten 5760 fl. trifft, schenkweise hingegeben. Völlig unerheblich ist die übrigens bestrittene Behauptung, daß am 15. September 1864 F. B. an einer tödtlichen Krankheit gelitten habe, zumal er erst nach mehr als zwei Jahren einer ganz andern Krankheit erlag und aus der Notariatsurkunde keineswegs zu ersehen ist, daß die Befürchtung eines imminenten Todes das Motiv des Aktes war. L.R.S. 922 aber, der gegenüber der Einwurfspflicht des Erben, L.R.S. 868, dem Schenknehmer eine günstigere Stellung wegen der Werthverminderung von der Schenkung an einräumt, kann hier in der entgegengesetzten Richtung, wornach die Erben dem Schenknehmer gegen Auslagenersatz die Einwerfung der durch den Tod des Erblassers in ihrem Werth erhöhten Schenkung zumuthen, nicht angewendet werden, weil die Prämienzahlung vom Tage der Uebertragung an nicht als Melioration des geschenkten Objekts erscheint, sondern als selbstständige Handlung des in die Police Eingetretenen zur Wahrung seines selbstständigen Versicherungsanspruches.

(Folgt hier die Berechnung, daß der Freitheil nicht überschritten sei.)

„Wenn hiernach die Vorklage als grundlos sich darstellt, so erscheint die Widerklage nach allen Richtungen als begründet. Durch die Urkunde vom 15. September 1864 war den beiden Rechtsnehmern für den Fall, daß sie die von diesem Zeitpunkt entfallenden Prämien entrichten würden, der Anspruch auf die volle Versicherungssumme von 40,000 Francs eingeräumt; H. K. B. hat die seitherigen drei Jahresprämien für seinen hälftigen Antheil bezahlt, somit verlangt er mit Recht die Hälfte mit 20,000 Francs ohne allen Abzug. Denn wenn F. B. in Anwendung des Art. 8 der Police in den Jahren 1859 — 63 die Summe von 3840 Francs als ein Drittheil der bezahlten Prämien gegen 5%ige Verzinsung von der Gesellschaft entlieh und dieser Betrag bei Auszahlung der Versicherungssumme von dieser in Abzug gebracht wird, so berührt diese Schuld den Beklagten im Verhältniß zu den Klägern als den einzigen Rechtsnachfolgern des F. B. nicht. Aus gleichem Grunde schulden die Widerbeklagten dem Widerkläger den

Ersatz der für diese Schuld am 9. November 1865 bezahlten Zinsen nebst 5% Zinsen vom Tage der vorschüßlichen Zahlung an, L.R.S. 2001, und überdies sind die Widerbeklagten, weil durch ihren Widerspruch der Widerkläger sich z. Z. nicht in Besitz der ihm zukommenden Summe setzen kann, auch zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet, und wenn Beklagter solche nur vom 8. März an begehrt, so gereicht dies den Widerbeklagten zum Vortheil, L.R.S. 1153, weil die Anforderung schon mit Zustellung der Widerklage, 22. Februar, erfolgte."

Dieses Urtheil wurde vom Appellationssenate unterm 5. Juli 1867 bestätigt und nur bezüglich der Zinsen trat eine Modifikation ein, weil am 28. März die Royale Belge die Versicherungssumme an die streitenden Theile je zur Hälfte ausbezahlte, weßhalb dem Widerkläger nur für 1891 Francs 64 Ct. Zinsen vom 8. März zuerkannt wurden, als aus der Hälfte des für die Darlehen abgezogenen Betrages. Aus den Entscheidungsgründen der zweiten Instanz ist Folgendes hervorzuheben:

„Der Vertrag, den F. B. mit der Versicherungsgesellschaft abgeschlossen hat, ist ohne Zweifel ein Glücksvertrag — L.R.S. 1104. 1964 —, mithin kein Freigebigkeitsvertrag, L.R.S. 1105. Wäre daher der Beklagte gleich vornherein ganz oder zum Theile in die Rechte und Verbindlichkeiten des F. B. getreten, so könnte offenbar nicht von einer nur belasteten Schenkung die Rede sein. Daraus ergibt sich von selbst, daß wenn der Eintritt des Beklagten erst einige Jahre später, nachdem F. B. bereits eine Anzahl Jahresprämien bezahlt hatte, erfolgte, von einer Schenkung nur gesprochen werden kann, soweit dabei keine Vergütung für die bereits geschehenen Leistungen angefordert wurde. Dies muß mindestens solange gelten, als nicht aus allen Umständen zur Zeit der Uebertragung erhellt, daß sie aus Gründen des herannahenden Todes erfolgte. Was in dieser Beziehung klägerischerseits vorgetragen wurde, ist nicht hinreichend zur Begründung, daß der ganze Akt nur die Bedeutung einer Schenkung habe, zumal F. B. noch mehr als zwei Jahre nach der Cession am Leben war.

„Diese Ausführung zeigt, daß der Cessionsvertrag, insofern der Beklagte auch Verbindlichkeiten des Cedenten übernahm, der doch auch in Ansehung der andern Hälfte seine Rechte, sei es zu Gunsten des J. B. oder seiner Kinder überhaupt, wahren wollte, in der That ein belasteter Vertrag, in dessen Formen er auch gekleidet wurde, war, wenn man es selbst als eine Freigebigkeitshandlung ansieht, daß F. B. sich dabei die bereits bezahlten Jahresprämien nicht vergüten ließ. War aber bei einem belasteten Vertrage zugleich eine Freigebigkeitshandlung ausgeübt, so kann es sich höchstens fragen, ob dadurch F. B. das Recht der Kläger auf ihren Pflichttheil verletzt hat.

„Dies ist aber entschieden nicht der Fall, wenn man auch nur den von den Klägern angegebenen Vermögensstand sowie die unbestrittenen Vorempfänge, welche zweifelsohne bei der Berechnung des Freitheils in Anschlag zu bringen sind, und als Schenkungsbetrag den Nachlaß der Vergütung für die bereits bezahlten Jahresprämien, mithin deren Werth zur Zeit des Vertrags in Rechnung zieht. Uebrigens gelangt man ganz zu dem gleichen Resultate, wenn man selbst annähme, daß der ganze Akt nur als eine belastete Schenkung aufzufassen wäre. F. B. war unbeschadet des Minderungsrechtes der Pflichterben im Falle der Verletzung ihres Pflichttheils befugt, eine Freigebigkeitshandlung gegen den Beklagten auszuüben. Eben deßhalb konnte er dies in jeder gesetzlich statthaften Form thun, also ebensowohl in der für Schenkungen vorgeschriebenen Form als in derjenigen eines belasteten Vertrags und in letzterem Falle waren die Formen nicht geboten, welche für Schenkungen als solche vorgeschrieben sind. Das Gesetz sagt nirgends, daß jegliche Freigebigkeitshandlung nur rechtliche Geltung habe, wenn sie in öffentlicher Form geschehen sei, wie denn z. B. Verzichte unbestritten einer solchen nicht bedürfen.

„Wenn daher die Schenkung in Form eines belasteten Vertrags gebracht ist, so sind daran, wie der Schenkgeber selbst, auch dessen Rechtsnachfolger gebunden, welche offenbar nicht mehr Rechte als ihr Vorgänger haben können. Am allerwenigsten kann aber von einer Ungiltigkeit oder Unwirksamkeit dann die Rede sein, wenn, wie hier, der Vertrag durch Uebergabe der Urkunden, Signifikation an den Schuldner und Annahme Seitens des Letztern bereits in Vollzug gesetzt war."

L.R.S. 1607. 1689. 1690. 2279. 1338. 6 g.

Heinsheimer.

30.

In Folge einer Preisminderung wegen theilweiser Entwährung des Kaufobjekts kann der Käufer den der Preisdifferenz entsprechenden Theil der aus dem ganzen Kaufpreis bezahlten Zinsen nicht zurückfordern, wenn ihm mit der Minderung des Kaufpreises auch Entschädigung für die Schmälerung des Früchtebezugs, des Aequivalents für die Zinsen, zuerkannt worden war.

L.R.S. 1630. (1639. 1153.) 1652.

In Sachen

des Fabrikanten Albert Köchlin von Zell im Wiesenthal, Klägers, Appellaten, Oberappellaten

gegen

den Fabrikanten Anton von Herrmann von Schönenbuchen, Beklagten, Appellanten, Oberappellanten,

Forderung betr.

Der Beklagte hatte Ende Dezember 1862 vom Kläger eine Fabrik um die Summe von 99,007 fl. 52 kr. gekauft, welche in 20 Jahresterminen bezahlt und mit 6 % verzinst werden sollte. Er zahlte hieran sogleich 5000 fl. ab und entrichtete die Zinsen seiner Restschuld bis 1. Juli 1865. Da sich indessen alsbald nach dem Kauf ergeben hatte, daß mehrere Wiesenbesitzer das Recht haben, ihre Wiesen aus dem Canal zu bewässern, welcher zu der gekauften Fabrik gehört, stellte der Beklagte am 24. Februar 1865 eine Gewährleistungsklage gegen den Verkäufer an und erwirkte auch am 25. Januar 1866 ein Urtheil, wornach Letzterer für schuldig erklärt wurde, ihm für die theilweise Entwährung des Kaufsobjekts eine Entschädigung von 9000 fl. zu bezahlen und den durch die Ausübung des Wässerungsrechts von der Uebernahme der Fabrik an bis zum 25. Januar 1866 entstandenen Schaden zu ersetzen. — Als sodann der Kläger mit der vorliegenden Klage die Zahlung der Zinsen aus dem Restkaufschilling pro Juli 1865/66 — unter Abzug der Zinsen aus 9000 fl. für die Zeit vom 25. Januar 1866 an — begehrte, schützte der Beklagte die Einrede der Wettschlagung vor, indem er auf Grund des Urtheils vom 26. Januar 1866 die Rückerstattung der dem Kläger für die Zeit vom 1. Januar 1863 bis 25. Januar 1866 aus 9000 fl. bezahlten Zinsen beanspruchte. Diese Einrede wurde jedoch in den vordern Instanzen als unbegründet verworfen, und von großh. Oberhofgericht am 9. Januar 1868 aus folgenden Gründen bestätigend erkannt:

„Wenn auch anzuerkennen ist, daß die Zinsen, welche der Beklagte zurückfordert, als ohne einen Gegenwerth und daher mit Unrecht bezahlt angesehen werden müssen, nachdem durch das Urtheil, welches im Gewährleistungsproceß erging, festgestellt ist, daß die verkaufte Fabrik wegen des schon zur Zeit des Kaufs bestandenen Wässerungsrechts der Wiesenbesitzer 9000 fl. weniger werth ist, als sie ohne dasselbe werth gewesen wäre, — so stellt sich die Rückforderung der Zinsen gleichwohl als unbegründet dar, weil sie mit jenem — im Gewährleistungsproceß ergangenen — Urtheil unverträglich ist. Dasselbe erkennt nämlich dem Beklagten außer der Entschädigung von 9000 fl. auch den Ersatz des Schadens zu, welchen er in der Zeit von der Uebernahme der Fabrik an bis zum 25. Januar 1866 dadurch erlitten hat, daß die Wiesenbesitzer ihr Wässerungsrecht ausübten und ihm einen Theil des zum Fabrikbetrieb nöthigen Wassers entzogen; er hat also hiernach insbesondere Vergütung dafür anzusprechen, daß er — wie im Gewährleistungsproceß geltend gemacht war — zur fraglichen Zeit in der Fabrik mitunter Nachts arbeiten lassen mußte, und deßhalb genöthigt war, sowohl den Lohn der Fabrikarbeiter zu erhöhen, als auch die Fabrikräume zu beleuchten, und daß er nicht alle Maschinen in Gang erhalten und deßhalb nicht so viel produziren konnte, als ihm ohne die Entziehung des Canalwassers möglich gewesen wäre. Würde ihm nun neben einem solchen Ersatz des durch die Ausübung des Wässerungsrechts erlittenen Verlusts und entgangenen Gewinns, den er nur noch zu liquidiren braucht, auch noch der Ersatz der Zinsen aus den 9000 fl. für die Zeit von der Uebernahme der Fabrik bis zum 25. Januar 1866 zuerkannt, so würde er den in dieser Zeit erlittenen Schaden doppelt ersetzt bekommen; er würde alsdann nicht nur Ersatz für Dasjenige erhalten, was er in der fraglichen Zeit an Einkünften aus der Fabrik weniger bezog, als er nach dem Kaufvertrag erwarten durfte, sondern auch noch Dasjenige zurückempfangen, was er als Aequivalent für diese Einkünfte hingegeben hatte. Dies ist offenbar unzuläßig. Soll der Kläger alle Früchte ersetzen, welche der Beklagte in

Gemäßheit des Kaufvertrags aus dem Kaufobjekt zu beziehen gehabt hätte, in der That aber nicht bezogen hat, so muß er auch den Gegenwerth behalten dürfen, welchen er für diese Früchte empfangen hat. Zur Rückerstattung desselben könnte er nur in dem Falle verbunden erscheinen, wenn der Beklagte hiefür auf die Entschädigungsforderung verzichtete, die ihm durch das Urtheil vom 25. Januar 1866 wegen der theilweisen Entziehung des Canalwassers während des mehrerwähnten Zeitraums zuerkannt wurde. Einen solchen Verzicht hat der Beklagte aber nirgends ausgesprochen; er hat im Gegentheil durch sein an den Kläger gerichtetes Schreiben vom 14. September 1866 zu erkennen gegeben, daß er neben dem Anspruch auf Ersatz der Zinsen aus den 9000 fl. — auch noch seine volle urtheilsmäßige Entschädigungsforderung geltend machen will. — Wenn er sodann zur Rechtfertigung jenes Anspruchs auch auf das kreisgerichtliche Urtheil vom 5. Oktober 1865 verweist, so steht Dem entgegen, daß ihm darnach eine Geltendmachung des Ersatzes der bezahlten Zinsen nur nach Maßgabe des im Gewährleistungsproceß ergehenden Urtheils vorbehalten war, letzteres Urtheil aber eine Verbindlichkeit des Klägers zum Zinsenersatz nicht anerkannte, vielmehr in anderer Weise für die Schadloshaltung des Beklagten sorgte. Red.

31.

Rechtsfall aus dem Gebiete des Handelsrechts. Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Nichterfüllung bei Fixgeschäften. Differenz. Erweislich höherer Schaden.

H.G.B. Art. 357 Abs. 1 und 3.
L.R.S. 1150. 1150a und 1151.

Oberhofgerichtliche Entscheidung
in Sachen
Loppinet-Boulay in Nancy
gegen
D. Frank Söhne in Mannheim,
Entschädigungsforderung betr.

In der bezeichneten Streitsache verlangte das klägerische Handlungshaus von der beklagten Handlung Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Kaufvertrags vom April 1865, wonach die Letztere an Erstere 300 Säcke ungarischen Repses zu 42 Frcs. für je 100 Kilogramm binnen 14 Tagen bis 3 Wochen zu liefern sich verpflichtete. Nach getroffener näherer Bestimmung sollte die Uebergabe des Repses am 11. Mai 1865 in Mannheim geschehen. Sie fand jedoch nicht Statt, da zwar beide Theile damals am Bahnhofe erschienen, der klagende Theil aber, indem er, im Widerstreit mit der Angabe der Beklagten einen Verkauf nach bestimmtem Muster behauptete, den Reps nicht annehmen wollte, weil er nicht dem fraglichen Muster entsprach. Letzteres war nach Ergebniß der alsbald erhobenen Begutachtung, sowie auch eines nachgefolgten näheren Gutachtens wirklich der Fall.

Das klagende Haus beanspruchte Entschädigung, sowohl

1) wegen entgangenen Gewinns, als auch
2) wegen wirklichen Schadens- oder Vermögensverlustes.

(H.G.B. Art. 283. 357 Abs. 1. 3 verglichen mit 355.)

Die beklagte Handlung dagegen bestritt unter Wiederholung ihrer schon erwähnten Gegenbehauptung den Klaganspruch in mehrfacher Richtung, und machte überdies, außer einer geringen, nicht bestrittenen Gegenforderung aus einem älteren Geschäft, auf Grund des jetzigen Lieferungsgeschäftes den Mindererlös des durch einen beeidigten Mäkler öffentlich versteigerten, auf ergangene Aufforderung nicht in Empfang genommenen Repses nebst Kosten und Auslagen widerklagend geltend.

(H.G.B. Art. 357 Abs. 1 und 2 verglichen mit Art. 353.)

Der unter 2) aufgeführte, den wirklichen Schaden umfassende Ersatzanspruch, die Vergütung einer vom klagenden Theil dem Oelfabrikanten Peignier in Houdemont wegen eines mit demselben geschlossenen Vertrags über Verarbeitung des Repses zu zahlenden Abfindung, die Kosten der vergeblichen Reise von Nancy zur Empfangnahme des Repses u. s. w. wurde vom Untergericht zurückgewiesen, ohne daß klägerischer Seits ein Rechtsmittel hiegegen ergriffen wurde [1]), es war

[1]) In Anwendung der vom Oberhofgericht bei der hier mitzutheilenden Entscheidung angenommenen Grundsätze, hätte wohl auch dieser vom Untergericht schlechthin verworfene Theil des Schadensersatzanspruchs bei gehöriger thatsächlicher Begründung, wenigstens

daher nur die Ersatzforderung für entgangenen Gewinn (Ziff. 1), im dritten Rechtszug noch Gegenstand der Prüfung und Entscheidung.

Diese Ersatzforderung, deren Zuerkennung, sowie die Abweisung der Widerklage, in den beiden ersten Rechtszügen von der Ableistung eines von dem als Geschäftsvermittler beigeladenen Kaufmanns D. Dietz auszuschwörenden Notheides abhängig gemacht wurde (von Seiten des Obergerichts jedoch mit der Abänderung, daß der vom Untergericht dem Kläger, Widerbeklagten veranstaltete Schätzungseid hinsichtlich des ihm etwa noch weiter entgangenen Gewinns verworfen wurde, die bedingte Verurtheilung daher auf 324 Frcs. beschränkt blieb), wurde, wie die oberhofgerichtlichen Urtheilsgründe darlegen, in der Klage in folgender Weise begründet:

Der Kläger, der sich gewerbsmäßig mit der Herstellung und dem Verkauf von Oel und Repskuchen beschäftigte, würde bei ordnungsmäßig erhaltener Lieferung der 300 Säcke Reps nach dem Muster gewonnen haben:

a) von 100 Kilogramm Reps, 36 Kilogramm Oel, wofür er bei einem zu erzielenden Kaufpreis von 116 Frcs. 50 Cent. für 100 Kilogramm Oel 41 Frcs. 95 Cent. erlöst hätte;
b) weiter aus 100 Kilogramm Reps 61 Kilogramm Repskuchen, wofür er bei einem Kaufpreis von 16 Frcs. für 100 Kilogramm 9 Frcs. 76 Cent. erlöst hätte, also

für a und b zusammen = 51 Frcs. 71 Cent., an welchem Erlöse aber die Unkosten für Transport, Fabrikation u. s. w. mit 4 Frcs. 59 Cent. noch abgingen, also Reineinnahme von 47 Frcs. 12 Cent.

Da der bedungene Kaufpreis nur 42 Frcs. für 100 Kilogramm ausmache, sei dem Kläger an jedem Sack (100 Kilogramm) ein Gewinn von 5 Frcs. 12 Cent., mithin für 300 Säcke = 1536 Frcs. entgangen, was zugleich die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreise und dem wirklichen Ankaufswerth zur Zeit der Lieferung, sowie andererseits den Minderwerth der angebotenen Waare gegenüber der mustermäßigen, darstelle.

Die Gründe zu der oberhofgerichtlichen Entscheidung vom 1. October 1867, wodurch das oberrichterliche Urtheil im Ganzen bestätigt, die bedingte Verurtheilung aber nach Maaßgabe eines erhobenen Nachgutachtens von 324 auf 594 Frcs. erhöht wurde, sprechen sich in rechtlicher Beurtheilung des dargelegten Anspruchs, sowie in Bezug auf die ferner in Betracht kommenden Fragen, dahin aus:

Für die rechtliche Würdigung dieses Entschädigungsanspruches sind die Artikel 283. 357 letzter Absatz des allgemeinen H.G.B. und 1150. 1150a. 1151. 1151a des Landrechts maaßgebend.

Nach H.G.B. Art. 357 (letzter Absatz) ist der Käufer in einem Fall, wie der vorliegende (da der Reps allerdings zu einer festbestimmten Frist geliefert werden sollte, was schon nach der Natur der Waare wegen den dabei vorkommenden starken Preisschwankungen erforderlich war) [2]), zunächst befugt, als Schadensersatz wegen Nichterfüllung zur bestimmten Zeit, die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Markt- und Börsenpreise zur Zeit und am Orte der bedungenen Lieferung zu beanspruchen; es steht ihm aber geeigneten Falles auch frei, seinen erweislich höheren Schaden, geltend zu machen. Vergl. Busch, Archiv des Handelsrechts Bd. 7 S. 282. 283, Bd. 8 S. 336. Von diesem letztern

---

theilweise für gerechtfertigt erkannt werden können, wenn er Gegenstand der oberhofgerichtlichen Entscheidung geworden wäre.

[2]) Vergl. v. Hahn, Commentar zum H.G.B. Art. 357 §. 6 S. 285. Thöl, Handelsrecht §. 87. II. Endemann, Handelsrecht §. 109. II. Note 17. 18. Ob ein Geschäft mit genau fest bestimmter Zeit der Lieferung im Sinne des H.G.B. Art. 357 (ein sogenanntes Fixgeschäft) vorliegt, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden. Es kommt hiebei nicht sowohl auf die im Vertrag gebrauchten Worte, z. B. Ausdrücke wie: genau, präcis, fix, prompt, unfehlbar, pünktlich, nicht später u. dergl. als auf den erkennbaren Willen beider Theile, eine Lieferung auf genau bestimmte Zeit zu bedingen, an. Die Beschaffenheit der Waare, z. B. wenn die fragliche Waare einen Markt- oder Börsenpreis hat und starken Preisschwankungen ausgesetzt ist, wie Getreide, Oel, Sprit u. dergl., ein Umstand, der eher für die Unterstellung einer gewollten strengen Pünktlichkeit spricht, kommt hiebei namentlich in Betracht, doch nicht als allein entscheidender Umstand, sondern nur in Vergleichung mit den sonstigen Umständen des Falls. Diese Grundsätze hat der höchste Gerichtshof auch in der Sache des Kaufmann Say von Lörrach gegen die nämliche Beklagte, Handlung D. Frank Söhne, Vertragserfüllung und Schadensersatz betreffend (Urtheil vom 23. Januar 1868), anerkannt. Dort wurde mit Rücksicht auf das Verhalten beider Theile selbst bei dem Vollzug des ersten Theils der Lieferung des bedungenen Waizens in Vergleichung mit der an sich weniger genau gefaßten Zeitbestimmung, sowie mit den übrigen Umständen ein Fixgeschäft nicht angenommen.

Vergl. Busch, Archiv Bd. 1 S. 514, Bd. 2 S. 111, Bd. 3 S. 396, Bd. 4 S. 157. 379, Bd. 5 S. 329, Bd. 6 S. 61, Bd. 7 S. 389. 390, Bd. 8 S. 111. 277, Bd. 9 S. 447, Bd. 10 S. 420, Bd. 11 S. 175. 475.

Recht hat der Kläger im gegenwärtigen Fall Gebrauch gemacht.

In Bezug auf die Beschaffenheit und Ausdehnung des weiteren Schadens enthält das H.G.B. keine nähere Bestimmung, übrigens auch keine Beschränkung; es sind daher die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, jedoch mit geeigneter Beachtung der aus den Handelsverhältnissen sich ergebenden besonderen Momente hier zur Anwendung zu bringen.

Nach L.R.S. 1151 gilt im allgemeinen der Grundsatz, daß sogar im Fall der Gefährde (der hier nicht unterstellt werden darf) die Entschädigung wegen Nichterfüllung nur denjenigen entgangenen Gewinn begreift, welcher als unmittelbare und natürliche Folge der Nichterfüllung erscheint. Es kann daher in der Regel, vorbehaltlich des Nachweises besonderer Verhältnisse, die eine Abweichung begründen, nur der Schaden in Ansehung der Sache selbst (circa rem ipsam) geltend gemacht werden, nicht auch derjenige, der nur durch andere äußere Umstände ohne directen und wesentlichen Zusammenhang mit der beschädigenden Handlung und der Sache selbst entstanden ist.

> Vergl. Troplong de la vente nro. 297—299, nro. 537. 538.
> Marcadé, explication du Code civil art. 1150 nro. II., 1151 nro. II.
> Delvincourt, cours de droit civil t. 2 p. 40 not. 2, t. 3 p. 744 not. 2.
> Dalloz, répertoire Obligations nro. 783. 789.

Siehe auch

> Pothier nro. 160 ff. und l. 21 §. 3 D. de action: emti et venditi (19. 1), sowie l. ult. D. de periculo et commodo rei venditae (18. 6).
> Puchta, Pandecten §. 225 Ziff. 3.

Indeß kommen in letzterer Beziehung, wie schon angedeutet wurde, die besonderen Verhältnisse, namentlich mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Voraussicht derselben (L.R.S. 1150. 1150a) wesentlich in Betracht, und es liegt nicht im Sinne des Gesetzes, den Ersatzberechtigten in der Geltendmachung seines nach den Umständen zu bemessenden vollen Interesses unbillig zu beschränken, wie auch in der französischen, sowie in der deutschen Rechtslehre, worin allerdings in diesem Punkte manche Meinungsverschiedenheit hervortritt, vielfach anerkannt wurde. Insbesondere ist auch der Begriff der unmittelbaren und natürlichen Folgen nicht in zu engem Sinne zu nehmen.

> Troplong, am angeführten Ort No. 300—302. 309, deßgl.
> Marcadé, Art. 1151. II., sowie
> Dalloz, No. 780. 794. 795. 797; insbesondere
> Vangerow, Pandecten §. 571 Anmerkung 3 Bd. III. S. 43—49 der 6. Auflage. [3])
> Archiv des Handelsrechts von Busch, Bd. 8 S. 336.
> Seuffert, Archiv der Entscheidungen der obersten Gerichte Bd. 11 S. 191, Bd. 15 S. 8—11 No. 8.

Hiebei ergibt es sich von selbst, daß bei Kaufleuten der Umstand von besonderer Bedeutung ist, daß bei dem Handelsbetrieb stets die Erlangung eines Gewinns bezweckt wird. Die Erzielung einer bestimmten Art des Gewinns, nach Maßgabe ihres betreffenden Handelszweigs, darf hier als etwas selbstverständlich Vorauszusetzendes und der Sache selbst keineswegs ganz Fremdes, auch der andern Parthei nach Umständen Bekanntes angesehen werden; es darf daher in dieser Richtung in Handelssachen der Natur der Handelsverhältnisse entsprechend, ein freies Ermessen walten.

Der Schlußsatz des H.G.B. Art. 357: „unbeschadet des Rechts des Käufers, einen erweislich

---

[3]) Am angeführten Orte weist Vangerow mit Bezugnahme auf die entsprechende Ansicht älterer und neuerer Rechtslehrer, wie Donellus, Seuffert, Thibaut, überzeugend nach, wie die vielfach mißverstandenen oben bezeichneten Pandektenstellen, namentlich die Stelle von Paulus (l. 21 §. 3, D. 19. 1) mit dem bekannten Beispiel von den, aus Anlaß der Nichtlieferung zugesagten Waizens verhungerten Sclaven mit richtigen Grundsätzen über den Ersatz des vollen Interesses in Einklang gebracht werden kann, wenn man beachtet, daß immerhin der entgangene Gewinn ein nicht blos möglicher oder in abstracto wahrscheinlicher, sondern ein mit Sicherheit nachweisbarer, der geltend gemachte mittelbare Schaden eine nach den Verhältnissen vorauszusehende Folge der rechtsverletzenden Handlung oder Unterlassung gewesen sein muß. (Sogenannte Honigtopfrechnungen, im Sinne einer bekannten Fabel, sollen in keinem Falle zugelassen werden.)

Dabei ist Vangerow der Ansicht, daß die üblich gewordene Eintheilung des Schadens in damnum circa rem und extra rem, die durch den in eben jener Stelle des Paulus vorkommenden Ausdruck „utilitas, quae modo circa rem ipsam consistit“ veranlaßt worden zu sein scheint, sich als eine nicht gehörig begründete und zu Verwirrungen führende herausstellt.

Abweichender Ansicht ist Puchta am angeführten Ort.

höheren Schaden geltend zu machen", lautet ganz allgemein; die eng beschränkende Auslegung desselben, für welche Hahn in Band 2 S. 283—84 (zu Art. 357 §. 5) seines Commentars, so wie auch Andere mit Rücksicht auf den Eingang des Abs. 3 des genannten Artikels aufgestellten Hauptgrundsatz in Bezug auf allgemein marktgängige Waaren*) sich erklären, hat den Wortlaut des Gesetzes nicht für, sondern gegen sich und kommt in Widerstreit mit den obenangeführten richtigen Grundsätzen über Schadensersatz, die auch in Handelssachen ihre Anwendung finden müssen, so weit nicht bestimmte, unzweifelhafte Vorschriften des H.G.B. im Wege stehen.

Vrgl. Endemann, deutsches Handelsrecht §. 113. III. Art. 3 (S. 558) vrgl. mit §. 98. II. und III. (S. 482. 483.)

Nach den obigen Grundsätzen zeigt sich die angefochtene Begründung der Klage in Bezug auf den entgangenen Gewinn, wenn man die im Laufe des Verfahrens hinzugekommenen näheren Erläuterungen in Betracht zieht, keineswegs als unhaltbar. Darauf, daß zur Zeit und am Orte der bedungenen Lieferung die Waare etwa zu gleichem Preise vom Kläger hätte gekauft werden können, kann es unter Verhältnissen, wie sie hier vorliegen, da der beklagte Theil den Abschluß eines Verkaufs nach Muster beabredete und weit davon entfernt war, dem Kläger etwaige Gelegenheiten zu solchem anderweitigen Ankauf anzuzeigen, überall nicht ankommen. Es konnte dem Kläger wohl überhaupt nicht zugemuthet werden, zum Nutzen des Verkäufers in dieser Beziehung sich in besonderer Weise zu bemühen; jedenfalls nicht unter den vorliegenden Umständen, da Beklagter die Lieferung beharrlich als eine mustermäßige behauptet und den Kläger zu deren Annahme notariell aufgefordert hat, somit hiewegen ein Prozeß mit immerhin ungewissem Ausgange drohte.

Was nun aber die hienach in Betracht kommende Frage des Beweises betrifft, so ist nach der von den beiden vorderen Gerichten angenommenen Ansicht der Ersatzanspruch im Betrag von wenigstens 324 Frcs. unter Voraussetzung der Leistung des dem D. Dietz auferlegten Eides als erwiesen zu betrachten, und diese Ansicht erscheint auch als wohl begründet, die bezügliche Anschließungsbeschwerde des Beklagten daher grundlos.

Die genannten Gerichte haben ihr Ermessen in zulässiger und billiger Weise geübt, indem sie den fraglichen Anspruch auf Ersatz des Schadens, welcher nach den Verhältnissen als ein wohl vorauszusehender behandelt werden darf, durch die erbrachten Beweise, nämlich die Aussagen des Zeugen Peignier, das Zeugniß des Handelsgerichts zu Nancy, den beglaubigten Auszug aus den Handelsbüchern des Klägers und das Gutachten der Sachverständigen, womit die Erläuterung in dem jetzt vorliegenden Nachgutachten vom 12. Juni v. J., soweit es die frühere Auffassung bestätigte, zu vergleichen ist, nach Maßgabe der oben bereits hervorgehobenen, unter Kaufleuten entscheidenden Gesichtspunkte gemäß P.O. §. 583 Abs. 2 §. 588 für genügend festgestellt erachtet haben.

Ebenso erscheint auch die weitere Anschließungsbeschwerde wegen Auflegung eines Erfüllungseides an D. Dietz nicht begründet, da sich sowohl die Beiladung des Letzteren als auch die Auflage eines Notheides an denselben, namentlich auch bezüglich der Identität des Musters, nach Sachlage vollkommen rechtfertigt, wie beide früheren Gerichte mit Recht angenommen und dargelegt haben. Damit zerfallen auch die andern bezüglichen Beschwerden des Beklagten, Oberappellaten.

Dagegen erscheint die Beschwerde des Klägers, Oberappellanten, welcher eine noch höhere Entschädigung beansprucht, insoweit begründet, als ihm nach dem Ergebniß des in diesem Rechtszuge erhobenen weiteren Nachgutachtens in dem Falle der Leistung des mehrerwähnten Notheides nicht blos 324 Frcs., sondern billiger Weise 594 Frcs. zuzuerkennen sind, indem es, wie die Sachverständigen anerkannt haben, offenbar der Billigkeit mehr entspricht, den Zeitraum für die Verarbeitung des Repses in Oel nach gewöhnlichem, ordentlichem Geschäftsgang, den sie ursprünglich (mit Einschluß der 8—10tägigen Reise) streng auf 3 Wochen beschränkten, noch bis Mitte Juni auszudehnen, so daß die Preiserhöhung, die damals eintrat, noch mit in Berechnung kommt. Nach dem Ausspruch der Sachverständigen würde eine solche Erstreckung der Zeit für Verarbeitung noch keineswegs eine ungewöhnliche Verzögerung des Geschäftes voraussetzen und es verdient die billigere Berechnung zu Gunsten des Beschädigten den Vorzug.

---

*) Waaren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, H.G.B. Art. 357 Abs. 3, siehe auch Art. 311. 343. 353. 376.

Die Zugrundlegung der Pariser Preise ist nach dem Gutachten durchaus gerechtfertigt.

Im Uebrigen aber kommt in Erwägung, daß eine etwa mögliche besondere Speculation bei Berechnung des entgangenen Gewinns nicht in Anschlag kommen kann, mindestens nicht, ohne daß ganz besondere Verhältnisse thatsächlich nachgewiesen werden, daß aber in der Klage nicht behauptet und noch weniger thatsächlich dargelegt wurde, daß Kläger den Reps auf Spekulation bis zum Oktober aufzubewahren beabsichtigte, und eine solche Unterstellung sogar mit Klaganführungen im Widerspruch stehen würde. Es läßt sich ebenso auch nicht unterstellen, daß der Kläger das schon nach einigen Wochen gewonnene Oel bis zum Oktober zurückbehalten haben würde.[5]) Die Zugrundlegung der Herbstpreise erscheint daher nicht gerechtfertigt, abgesehen davon, daß der Beklagte die Aufbewahrung des Repses und Oels bis zum Herbst ohne besondere Kundmachung nicht wohl vorauszusehen in der Lage war.

Hieraus ergibt sich, daß auf einen Schätzungseid des Klägers nicht erkannt werden kann. Nach dem Obigen und mit Rücksicht auf den zum Nachtheil des Klägers rechtskräftig bereits entschiedenen Theil des Entschädigungsanspruchs, würde hiezu der genügende Anhalt fehlen, auch ist nach dem Ergebniß der wiederholten Gutachten ein Grund zur Auferlegung des Schätzungseides gemäß P.O. §. 588 überhaupt nicht vorhanden.

Hienach ist das angefochtene Urtheil theils abgeändert, theils bestätigt worden.

Dessenungeachtet ist der Kläger im Falle der Leistung des dem D. Dietz auferlegten Eides in der Hauptsache als siegender Theil behandelt und der Kostenpunkt gemäß P.O. §. 169. 170. 172 in diesem Sinne geregelt worden, indem es der Billigkeit entspricht, zu Gunsten des Beschädigten die besondere Beschaffenheit der vorliegenden Schadensermittlung, wobei die genauere Feststellung des Betrags erst durch das Verfahren selbst zu erzielen ist, in angemessener Weise zu berücksichtigen."

Da der im Urtheil vorgesehene Fall der Leistung des Eides durch D. Dietz eintrat, so endete der obige Rechtsstreit mit der unbedingten Verurtheilung der beklagten Handlung nach Maßgabe der oberhofgerichtlichen Entscheidung. — E. Brauer.

---

[5]) Vrgl. Busch, Archiv des Handelsrechts Bd. 7 S. 277 ff. und S. 282, Bd. 8 S. 336.

32.

Zur Auslegung des §. 1165 der P.O.

Die Wiederherstellungsklage ist in derjenigen Instanz zu erheben, in welcher die mit dieser Klage angefochtene Entscheidung nach den, ihren Sinn erläuternden, Gründen ergangen war.

In Sachen

des Freiherrn Friedrich v. Böcklin, Grundherrn zu Rust, und seines erstgeborenen Sohnes Freiherrn Friedrich v. Böcklin, großh. Hauptmanns und Gouvernementsadjutanten in Rastatt, Kläger, Appellanten

gegen

den großh. Obersten Freiherrn Leopold August Alexander v. Böcklin in Mannheim, jetzt in Karlsruhe, und Genossen, Beklagte, Appellaten

Stammgutsergänzung, hier Wiederherstellung gegen ein Urtheil betr.

Am 12. Mai 1857 hatte Freiherr Friedrich v. Böcklin in Gemeinschaft mit seinem ältesten Sohn bei dem großh. Bezirksamt Ettenheim eine Klage gegen seine 2 Brüder und deren Söhne erhoben, worin er ein am 20. Mai 1828 von seinem Vater errichtetes, von ihm und seinen Brüdern genehmigtes sog. Stammgutsstatut, sowie einen am 11. Mai 1832 und einen am 22. Juni 1847 mit seinen Brüdern und deren Söhnen geschlossenen Familienvertrag um deßwillen anfocht, weil er sich, wie er in den letzten 10 Jahren entdeckt habe, bei Abschluß dieser Verträge hinsichtlich des Umfangs des nach Erstgeburtsrecht vererblichen Ruster Schloßstammguts in einem Irrthum befunden habe, indem er der Meinung gewesen sei, daß jenes Stammgut blos aus dem allodialen Schloß und 52 Morgen Grundstücken bestehe; während dazu nach den — von ihm inzwischen im Familienarchiv aufgefundenen — Urkunden auch das sog. Gült- oder Bannherrngut zu Rust nebst dem Grund und Boden eines jetzt ausgestockten Waldes gehöre. — Das großh. Bezirksamt Ettenheim wies diese Klage sofort durch Urtheil vom 6. Juli 1867 als nicht stattfindend ab, weil, wenn die Kläger vor Abschluß der angefochtenen Verträge nicht von den, in ihrem Familienarchiv beruhenden, Urkunden Kenntniß genommen

hätten, ihr angeblicher Irrthum ein selbstverschuldeter sei, und weil sich überdies die Verträge vom Jahr 1832 und 1847 als Familienvergleiche darstellten, welche keiner Anfechtung unterliegen könnten. — Das großh. Hofgericht, an welches die Kläger appellirten, erkannte zwar Ladung auf die Klage, hielt jedoch nach gepflogenen Verhandlungen dafür, daß dieselbe nicht bewiesen, sogar der Gegenbeweis erbracht sei, und bestätigte deßhalb am 18. September 1863 das amtliche Urtheil dahin, daß *die Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen seien.* Dieses Urtheil wurde am 11. Februar 1865 in dritter Instanz aus — im Wesentlichen gleichen Gründen bestätigt.

Alsbald darauf erhob Freiherr Friedrich v. Böcklin in Gemeinschaft mit seinem ältesten Sohn bei *dem Appellationssenat* des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg gegen seine Brüder und Neffen eine Klage mit mehreren Nachträgen, worin er auf Grund von in letzter Zeit aufgefundenen neuen Beweismitteln um *Wiederherstellung* gegen die — seine frühere Klage abweisenden — Erkenntnisse, namentlich gegen das in dritter Instanz bestätigte hofgerichtliche Urtheil vom 18. September 1863, sowie um ein Erkenntniß nach dem Antrag der frühern Klage bat. Der Appellationssenat wies jedoch diese Wiederherstellungsklage als nicht bei *ihm*, sondern beim Gericht *erster* Instanz stattfindend zurück.

Hierdurch erachteten sich nun die Kläger für beschwert, und zwar — wie das großh. Oberhofgericht in den Gründen zu seinem Urtheil vom 11. Februar 1868 ausführte — mit Recht.

„Der §. 1165 der P.O. verweist die gegen rechtskräftige Erkenntnisse anzustellenden Wiederherstellungsklagen vor dasjenige Gericht, von welchem ursprünglich das Urtheil mit den Bestimmungen, gegen die man Wiederherstellung sucht, gesprochen wurde. Diese Vorschrift ist jedoch in einer dem Zwecke des Gesetzes entsprechenden Weise aufzufassen, und hiebei zunächst der Wortlaut des Urtheils, dann aber auch dessen rechtliche Begründung ins Auge zu fassen. — Erlaubt das Gesetz unter gewissen Voraussetzungen einer Partei, um nachträgliche Verbesserung eines in ihrem frühern Prozeß vorgekommenen Mangels nachzusuchen, so würde es der Natur der Sache zuwiderlaufen, wenn das Gesuch bei einem Richter vorgebracht würde, welcher den fraglichen Mangel für gänzlich *unerheblich* gehalten und die Partei aus *andern* Gründen für sachfällig erklärt hatte. Es entspricht vielmehr offenbar der Absicht des Gesetzes, daß das Gesuch sofort bei demjenigen Richter gestellt wird, vor welchem die Partei wegen jenes Mangels unterlegen war. Beruhen insbesondere die durch §. 1167 der P.O. zugelassenen Wiederherstellungsklagen darauf, daß dem Richter im früheren Verfahren die wahren Beweismittel nicht vorgelegen seien, und daß derselbe anders geurtheilt haben würde, wenn er sie schon damals gekannt hätte, so muß sich derjenige, welcher eine solche Wiederherstellungsklage erheben will, auch sofort an *den* Richter wenden dürfen, bei welchem jene Voraussetzung *zutreffen* kann — nicht aber an einen Richter, von welchem schon zum Voraus gewiß ist, daß er auf die neuen Beweise keinen Werth legen wird, weil es ein ganz anderer Grund, als der Mangel des Beweises war, der ihn früher zur Abweisung, beziehungsweise Verurtheilung des Wiederherstellungsklägers bestimmt hatte. Bei Beurtheilung der Frage, in welcher Instanz eine Wiederherstellungsklage anzubringen ist, muß man daher nothwendig auch die den früher erlassenen Urtheilen beigefügten, ihren Sinn erläuternden *Gründe* in Betracht ziehen, um daraus zu entnehmen, in welcher Instanz die mit der Wiederherstellungsklage angefochtene Entscheidung ursprünglich ergangen war. Im vorliegenden Falle war nun schon der Wortlaut der Urtheile erster und zweiter Instanz nicht durchaus gleichlautend; insbesondere aber weichen sie in den Motiven wesentlich ab.

(Schluß folgt.)

Druckfehler in Band XXXIII.

S. 371	Sp. 1	Z. 11	von unten	l. „vom reinen st. von einem“
„ 371	„ 2	„ 13	„ „	l. „gefrevelt st. gefrevel.“
„ 372	„ 2	„ 9	„ „	l. „Grundsäze st Grundsätzen.“
„ 374	„ 2	„ 5 u. 6	„ „	l. „uneigentlichen st. uneigentlich.“
„ 375	„ 2	„ 9	„ „	l. „uneigentlichen st. uneigentlich.“

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro April 1868. No. 3.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 8.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat April 1868.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Donnerstag den 2. April.	
161	Dallath gegen Dallath. — Forderung.	Schenkh. — Geißmar.
157	Waldkirch gegen Fiscus. — Baulast am Friedhof. . . .	Esser. — Bertheau.
	Donnerstag den 16. April.	
2	de Nesle gegen Fuchs. — Forderung.	Scholl.
149	Oberstiftungsrath gegen Radolfzell. — Schulfondverwaltung. .	Bertheau. — Barazetti.
	Dienstag den 21. April.	
4	Föhr gegen Sumser. — Vollzug einer Vermögensabsonderung. .	Barbo. — Esser.
5	Bauer gegen Stein. — Vertragserfüllung.	Eller. — Grimm.
	Donnerstag den 23. April.	
13	Pflüger gegen Burth. — Forderung und Vorzug. . . .	Esser. — Schenkh.
1	Stern gegen Schweizer Lloyd. — Forderung.	Bracht. — Eller.
	Dienstag den 28. April.	
10	Lutz gegen Neudeck. — Forderung und Vorzug. . . .	A. Gutmann. — Mayer.
159	Thoma gegen Halblitzel. — Eigenthumsfreiheit. . . .	Gentil. — Esser.
	Donnerstag den 30. April.	
3	Rupp gegen Gehrig. — Durchfahrtsrecht.	Schenkh. — Eberstein.
6	Rochevot gegen Schwab. — Forderung und Vorzug. . . .	Schenkh. — Geißmar.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 5.

(Schluß von Art. 32.)

Die frühere Klage der jetzigen Wiederherstellungskläger war nämlich in erster Instanz als in Rechten unbegründet, in zweiter Instanz als unbewiesen abgewiesen worden. Es kann sich daher die jetzige auf neu aufgefundene Beweise gestützte Wiederherstellungsklage nicht zur Cognition des Gerichtes erster Instanz, welches diese Beweise nach seiner früher ausgesprochenen Ansicht über die Unstatthaftigkeit der Klage für völlig unerheblich erachten müßte, sondern nur zur Cognition des Gerichts zweiter Instanz, welches die Klage wegen Mangels an Beweis verworfen hatte, eignen.

Der Appellationssenat nimmt zwar an, daß die frühere Klage auch in zweiter Instanz nur für eine in Rechten unbegründete erklärt worden sei. Allein — abgesehen davon, daß hiergegen schon die Form der ergangenen Urtheile und der Umstand spricht, daß das Appellationsgericht die in erster Instanz versagt gewesene Ladung auf die Klage verfügt hatte, — lassen auch die seinem Urtheil beigefügten Gründe keinen Zweifel darüber, daß dasselbe die Klage zwar für rechtlich zulässig, aber für unbewiesen und sogar den Gegenbeweis für erbracht angesehen hatte 2c.

Aber auch angenommen, es habe das Appellationsgericht die frühere Klage deßhalb abgewiesen gehabt, weil die darin angeführten Thatsachen nicht ausreichten, um den Schluß zu rechtfertigen, daß die Succession in das streitige Gültrecht nach dem Recht der Erstgeburt stattfinde, so haben jetzt die Kläger, indem sie sich in ihrer Wiederstellungsklage auf Urtheile des ehemaligen Direktoriums der Ortenauer Ritterschaft 2c. beriefen, weitere derartige Thatsachen geltend gemacht, aus welchen auf ein Successionsrecht des Erstgeborenen geschlossen werden soll. Nimmt daher der Appellationssenat an, daß die kläger'sche Berufung auf Urkunden im frühern Prozeß nur als eine Anführung von zugleich belegten Thatsachen anzusehen sei, so muß er auch den Inhalt der jetzt vorgelegten Urkunden, welche mit den frühern auf ganz gleicher Linie stehen, als ein neues thatsächliches Vorbringen gelten lassen, also die Wiederherstellungsklage auf Grund des §. 1167 der P.O., welcher auch eine Nachbringung von entscheidenden Thatsachen gestattet, zulassen. Diese Thatsachen hätten von den Klägern ebensowenig, wie Beweismittel, vor dem Gericht erster Instanz geltend gemacht werden können, weil auch sie nicht geeignet wären, dessen Ansicht über den Klaganspruch zu ändern.

Hiernach mußte dem Antrag der klägerschen Beschwerde stattgegeben, und der beklagte Theil, welcher denselben bei der heutigen Verhandlung bekämpft hatte, nach Ansicht des §. 170 der P.O. in die Kosten dieser Instanz verfällt werden.

Das Urtheil erging hiernach dahin:

Wird auf das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg, Appellationssenat, vom 23. November 1866, No. 3362, besagend:

> Die erhobene Wiederherstellungsklage findet hier nicht Statt und haben die Kläger die Kosten zu tragen,

auf die von den Klägern ergriffene Appellation nach gepflogenen Verhandlungen von großherzoglichem Oberhofgerichte zu Recht erkannt:

> Das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg, Appellationssenat, vom 23. November 1866 sei aufzuheben und dieser Gerichtshof als zur Verhandlung und Entscheidung über die Wiederherstellungsklage zuständig zu erklären.
>
> Die bisher erwachsenen Kosten der vordern Instanz seien von der seiner Zeit in der Hauptsache unterliegenden Partei zu tragen, — wogegen die hier entstandenen Kosten den Beklagten zur Last fallen.

Red.

33.

Die Kosten von Strafprozessen betr.

Das großh. Justizministerium hat unterm 23. November 1867 nachstehende Verfügung an das

großh. Oberhofgericht und sämmtliche Kreisgerichte erlassen:

„Bei einem kürzlich erledigten Straffalle, wobei nicht etwa eine Privatanklage vorlag, wurde dem freigesprochenen Angeklagten durch das urtheilende Gericht eine Entschädigung für Gänge und Reisekosten aus der Staatskasse zuerkannt.

Diese Verfügung hält man diesseits — in Uebereinstimmung mit der Mehrheit der gutachtlich vernommenen Gerichtshöfe — für nicht gerechtfertigt und zwar aus folgenden Gründen, die man der Erwägung der betreffenden Gerichtshöfe empfiehlt:

Nach §. 430 der St.P.O. wird der Angeklagte zwar von den in §. 427 aufgeführten Kosten, bei welchen unter „Kosten der Vertheidigung" nur die Gebühren eines etwaigen Anwalts verstanden werden können, freigesprochen; dagegen bestimmt das Gesetz nirgends, daß ihm eine Entschädigung für die Folgen gerichtlicher Vorladungen zuzuerkennen sei. Selbst im Falle einer Verhaftung hat der Angeklagte nach §. 184 der St.P.O. nur dann einen Anspruch auf Schadensersatz, wenn dieselbe aus Vorsatz oder doch grober Verschuldung in widerrechtlicher Weise verhängt wurde. Wegen der Nachtheile aber, welche einem Angeklagten lediglich daraus erwachsen, daß die Gerichte von ihren Befugnissen im Gebiete der Strafrechtspflege im öffentlichen Interesse einen rechtmäßigen Gebrauch machen, steht demselben nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine Ersatzforderung nicht zu."

Mit dem Inhalte obiger Verfügung wird man sich im Allgemeinen und insbesondere mit dem an deren Schlusse aufgestellten Principe einverstanden erklären können, und sind hievon, so viel uns bekannt, auch unsere Gerichte in ihren Erkenntnissen seither ausgegangen.

Dagegen dürfte jene Verfügung in sofern ein Bedenken hervorrufen, als sie unter den in §. 427 der St.P.O. aufgeführten Kosten der Vertheidigung nur die Gebühren eines etwaigen Anwalts verstanden wissen will. Wenn ein Rechtsmittel gegen das Urtheil eines Schwurgerichts oder einer Strafkammer ergriffen worden ist, steht es nemlich nach §. 395 der St.P.O. dem Angeklagten frei, bei der Verhandlung hierüber entweder persönlich zu erscheinen oder sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen und zwar unter dem Rechtsnachtheil, daß sonst nach §. 384 das Rechtsmittel für aufgegeben gilt.

Das eine oder das andere — persönliches Erscheinen oder Vertretung — ist daher eine Nothwendigkeit für den Angeklagten und die durch die gewählte Alternative erwachsenen Kosten erscheinen hiernach als „nothwendige Kosten der Vertheidigung" im Sinne des §. 427 der St.P.O., von deren Tragung der Angeklagte im Falle eines lossprechenden Erkenntnisses frei zu sprechen ist. Hier zu unterscheiden und nur das durch Beiziehung eines Anwalts, nicht aber die durch das persönliche Erscheinen des Angeklagten entstandenen nothwendigen Vertheidigungskosten zum Ersatze für geeignet zu erklären, scheint uns kaum gerechtfertigt werden zu können und die durch das Gesetz gelassene Wahl zu beeinträchtigen. Wie in Folge dieser gesetzlichen Bestimmung der vermögenslose verhaftete Angeklagte sogar verlangen kann, daß er auf Staatskosten an den Verhandlungsort gebracht werde, so müssen wohl um so mehr dem freigesprochenen Angeklagten die durch seine Reise entstandenen nothwendigen Kosten ersetzt werden, wobei die Staatskasse keine Gefahr läuft, da diese wenigstens in der Regel geringer sein werden, als die Vergütung für einen Vertheidiger.

In diesem Sinne hat das großh. Oberhofgericht in einem einzelnen vorgekommenen Fall den §. 427 vrgl. mit 430 der St.P.O. zur Anwendung gebracht.

34.

Die Einwendung, daß ein Berain nach L.R.S. 710 f. c. durch Verjährung seine Beweiskraft verloren habe, gehört als Beweiseinrede in die Beweisinstanz.

Die Klage gegen Besitzer einzelner, zu einem gültpflichtigen Gute gehörenden Liegenschaften unterbricht die Verjährung eines Berains auch gegen die Besitzer anderer zu demselben Gute gehörender Grundstücke.

L.R.S. 710 f. i.

J. S.

des Kanzleiraths Steudel in Stuttgart, Klägers, Appellanten, Oberappellaten

gegen

Joseph Ammann und Genossen, sämmt-

lich von Klepsau, Beklagte, Appellaten, Oberappellanten,

Anerkennung einer Gült- und Zinslast, so wie des Handlohn- und Sterbfallrechts und Zahlung der Rückstände betr.

Auf Klepsauer, Krautheimer und Laibacher Gemarkung befand sich früher ein Gut, das s. g. Münz'sche Hofgut, worauf nach der Behauptung des Klägers seit unvordenklicher Zeit eine Gült von jährlichen 11 Malter Korn, 11 Malter Dinkel und 13 Malter Hafer, ferner eine Abgabe von Geflügel und Geld, und endlich, bis zu der durch das Gesetz vom 10. April 1848 ausgesprochenen Aufhebung der Feudalrechte, die Pflicht zur Entrichtung von Handlohn und Sterbfall ruhte. Das Recht zum Bezug dieser Abgaben stand, wie Kläger behauptet, ehemals den Herrn von Dienheim, dann den Familien von Wollmershausen, von Clengel und von Holtz zu, wurde im Jahr 1841 in der Gant des C. G. von Holz einem Gantgläubiger, dem Legationsrath von Pistorius zugewiesen und im Jahr 1844 von dessen Erben auf den Kläger übertragen. — Auf Grund dieser Thatsachen hatte Letzterer am 8. Dezember 1854 gegen eine Reihe von Personen, als damaligen Besitzern des Münz'schen Hofguts, eine Klage auf Anerkennung seines Gült- und Zinsrechts erhoben und am 6. Februar 1858 gegenüber 10 Beklagten ein seinem Begehren entsprechendes Urtheil erwirkt. — Am 28. Juni 1862 stellte er sodann eine Klage gleichen Inhalts gegen 80 andere Personen, welche ebenfalls Theile des frühern Münz'schen Hofguts besitzen sollen, an, indem er verlangte, daß dieselben die auf ihren Liegenschaften ruhende Gült- und Zinslast, so wie die bis April 1848 bestandene Verpflichtung zur Entrichtung des Handlohns und Sterbfalls anerkennen, und daß sie ihm die Gülten und Zinsen in dem Betrag, welcher sie nach Verhältniß ihrer Betheiligung am Gut treffe, künftig jeweils zur Verfallzeit, wie auch deren Rückstände von den letzten 5 Jahren entrichten und ihm die neuere Ab- und Zuschreib- und Renovationskosten ersetzen sollten. —

In zweiter Instanz erging auch ein Urtheil, wornach 68 Beklagte, beziehungsweise deren Rechtsnachfolger, theils unbedingt, theils bedingt, — nemlich für den Fall der Verweigerung eines ihnen zugeschobenen Eides — für schuldig erklärt wurden, die vom Kläger geltend gemachten Berechtigungen anzuerkennen, ihm die Gülten und Zinsen in der verlangten Weise zu entrichten und die Hälfte der Ab- und Zuschreib-, so wie der Renovationskosten zu ersetzen.

Gegen dieses Urtheil ergriffen 65 Beklagte, beziehungsweise deren Rechtsnachfolger die Oberappellation. Durch Urtheil des großh. Oberhofgerichts vom 27. Mai 1867 wurde die von der Beklagten Catharina Stang erhobene Beschwerde als vollständig gerechtfertigt erklärt, weil Kläger, obgleich er die Sachlegitimation sämmtlicher Beklagten darauf stützte — und abgesehen von den eingeklagten Gültrückständen — darauf stützen mußte, daß die, von ihm als Bestandtheile des ehemaligen Münz'schen Hofguts bezeichneten Liegenschaften sich gegenwärtig im Besitz und Genuß der Beklagten befänden (L.R.S. 710 f. g.), doch in der Klagbeilage angeführt hatte, daß Catharina Stang ihre Liegenschaft im Jahr 1860, — also 2 Jahre vor der Klagerhebung — an Peter Philipp Hoffmann verkauft habe, es hiernach der Catharina Stang, zufolge der eigenen Erklärung des Klägers an der Legitimation zur Sache gebrach.

Dagegen erschien der gegen die übrigen Beklagten erhobene Anspruch auf Anerkennung des Gült- und Zinsrechts, so wie des Handlohns und der Sterbfallgebühr rechtlich zuläßig und — mit Ausnahme der Thatsache, hinsichtlich welcher auf einen Eid der Beklagten erkannt war — auch bewiesen, — insbesondere ging die Identität der dem Kläger cedirten „Dienheimer Gefälle“ mit den nun streitigen Gülten aus dem vorgelegten Wollmershauser Theilungslibell vom 2. Juni 1724, dem Lehenbrief vom 22. September 1768 und den Gültrenovationen von den Jahren 1746 und 1751 hervor, und die mit dem Inhalt dieser Urkunden übereinstimmende Renovation vom 23. Mai 1826 nebst dem beigefügten Amtsrevisoratsakt vom 13. September 1828 enthielt ein vollgiltiges Anerkenntniß der jetzt eingeklagten Berechtigungen von Seiten der damaligen Besitzer des sog. Münz'schen Hofguts.

Die Beklagten glaubten zwar die Beweiskraft dieser letztern Renovation deshalb bestreiten zu dürfen, weil mit ihrer Errichtung nicht schon vor dem 1. Januar 1825, sondern erst am 4. November 1825, also erst nach Ablauf der in den Verordnungen vom 25. Juli 1810 (Reggsbl. No. 32) und vom 13. August 1824 (Rggsbl. No. 19) festgesetzten Frist begonnen worden war; allein in den Entscheidungsgründen ist zur Widerlegung dieser Einwendung ausgeführt:

„Hieraus ließe sich nur folgern, daß die frühern, im vorigen Jahrhundert gefertigten Beraine, als nicht rechtzeitig erneuerte Urkunden, ihre Beweiskraft verloren haben, — nicht aber, daß auch der Berain von 1826 der Beweiskraft entbehre. (Annalen XXXI. S. 274.) Wenn sodann Beklagterseits weiter eingewendet wird, daß auch dieser Berain nicht innerhalb 30 Jahren wieder erneuert worden, und daß daher seine Beweiskraft nach L.R.S. 710 f. c. durch Verjährung erloschen sei, so kommt hiergegen fürs Erste in Betracht, daß diese Einwendung von den Beklagten nicht am gehörigen Orte vorgeschützt wurde, indem sie, obgleich eine bloße Beweiseinrede, nur in der Vernehmlassung auf die Klage geltend gemacht und in der Beweisinstanz, wohin ihre Erörterung in der klägerischen Replik mit Recht verwiesen worden war, nicht mehr wiederholt wurde. — Dazu kommt aber auch, daß die Verjährung des Berains, welche vom 13. September 1828 an zu laufen begann, weil die Censiten an diesem Tage seine Richtigkeit vor großh. Amtsrevisorat nochmals anerkannten, vor Ablauf von 30 Jahren dadurch unterbrochen wurde, daß Kläger answeislich der angerufenen Vorakten im Dezember 1854 gegen mehrere andere Besitzer von — zum Münz'schen Hofgut gehörigen — Liegenschaften Klage erhob und am 6. Februar 1858 gegen dieselben ein Urtheil erwirkte, wornach sie für schuldig erklärt wurden, anzuerkennen, daß die eingeklagte Gült- und Zinslast von 11 Maltern Korn ꝛc. auf jenem Hofgut ruhe. Die von einem Gut abzugebende Gült haftet nemlich solidarisch auf allen Theilen desselben, und es erscheinen daher die Besitzer der einzelnen dazu gehörigen Liegenschaften als Sammtschuldner der Gült, so lange nicht etwa der Gültherr eine Theilung der Schuld bewilligt oder die Theilung des Guts ohne Bestellung eines Vorträgers genehmigt hat (L.R.S. 710 f. i., Oberhofg. Jahrb. n. F. X. S. 338.)

Da nun kein Grund vorhanden ist, anzunehmen, daß Kläger oder einer seiner Rechtvorfahrer in die Parzellirung des gültpflichtigen Hofguts eingewilligt oder den Besitzern der in den Klagbeilagen beschriebenen Liegenschaften eine Theilung der Gült zugestanden habe, — da namentlich die in den Renovationen geschehene Repartirung der Gült unter die Besitzer der einzelnen Liegenschaften nicht hinreicht, um die Annahme zu rechtfertigen, daß die Rechtsvorfahrer des Klägers auf die Sammtverbindlichkeit der Gültpflichtigen verzichtet hätten, (Zachariä II. §. 298 S. 220), so waren die Beklagten, beziehungsweise deren Rechtsvorfahrer in der Zeit, als Kläger von anderen Besitzern der zum Hofgut gehörigen Liegenschaften im Wege der Klage die Anerkennung der auf dem Hofgut haftenden Gültlast von 11 Malter Korn ꝛc. verlangte und erwirkte, als Sammtschuldner dieser Gült zu betrachten, und wurde daher ihnen gegenüber durch jene Klage die Verjährung des Berains vom 23. Mai 1826 ebenso unterbrochen, als dieß den damaligen Beklagten gegenüber der Fall war. L.R.S. 1206 und 2249 vrgl. mit L.R.S. 2244. (Annalen XXXI. S. 274.)

Ist hiernach das angefochtene Urtheil in der Hauptsache gerechtfertigt, so bedarf dagegen diejenige Bestimmung desselben, welche die Beklagten zur Nachentrichtung der in den letzten 5 Jahren vor der Klagerhebung verfallenen Gülten für schuldig erklärt, einer Modifikation. Da nämlich die Beklagten, wie schon erwähnt, nur in ihrer Eigenschaft als Besitzer der gültpflichtigen Liegenschaften belangt sind, und da der L.R.S. 710 f. h. den Besitzer eines Gültguts als solchen von einer Haftbarkeit für die Gültrückstände seines Vorgängers entbindet, so sind die Beklagten nur in soweit zur Nachentrichtung von Rückständen verpflichtet, als Letztere während der Zeit erwuchsen, in welcher die Beklagten die Liegenschaften bereits im Besitz hatten. Red.

35.

Zur Auslegung des Gesetzes vom 23. April 1859, Reggsbl. No. 20, die Gewährleistung bei einigen Arten von Hausthieren betr.

Es war unter den Parteien unbestritten, daß der Kläger am 21. Februar 1867 von den Beklagten zwei Pferde, Wallach und Stute, um 1100 Francs gekauft und bei Abschluß des Vertrags 5 Francs Trinkgeld bezahlt hat, sowie daß die Verkäufer für alle Fehler der verkauften Thiere eine 14tägige Gewähr urkundlich übernommen haben, auch daß der Kaufsgegenstand am 23. desselben Monats übergeben worden ist.

Die erhobene Klage war daher, da sie am 3. März 1867, folglich im Lauf der verabredeten Gewährfrist eingereicht worden ist, nach Ansicht des Art. 6 des Gesetzes vom 23. April 1859, die Gewährleistung bei einigen

Arten von Hausthieren betr. zulässig, und so fragte es sich, ob der Anspruch des Klägers auf Gewährleistung begründet und erwiesen und durch die Beklagterseits vorgebrachten Einwendungen zerstört sei.

Gestützt auf die Behauptung, daß das eine der gekauften Pferde, nämlich die Stute, dämpfig sei, verlangte der Kläger die Aufhebung des Kaufvertrags und die Verurtheilung der Beklagten zur Erstattung des bezahlten Trinkgeldes, sowie der Kosten der gerichtlichen Besichtigung des Thiers und der, von dem Verzuge in der Zurücknahme desselben an — erwachsenenen Kosten der Fütterung und Pflege vorbehaltlich deren Liquidation, eventuell die Auflösung des Vertrages hinsichtlich der dämpfigen Stute mit der Bestimmung, daß deren Kaufwerth durch Sachverständige ermittelt und an dem bedungenen Kaufpreis ad 1100 Francs in Abzug gebracht werde, auch die Beklagten zum Ersatz der Hälfte des Trinkgeldes, sowie zur Erstattung der oben bemerkten Kosten angehalten werden.

Diese Klage ist nach Art. 1 des allg. Währschaftsgesetzes, wornach der Verkäufer, wenn er für alle Fehler des verkauften Thiers zu haften versprochen hat, die Währschaft für die daselbst aufgezählten Mängel, wozu die Dämpfigkeit bei Pferden gehört, unbedingt übernimmt und nach Art. 5 dieses Gesetzes, wornach die Aufhebung des Verkaufs den Verkäufer zur Erstattung des Kaufpreises, sowie der Kosten des Kaufes, der gerichtlichen Besichtigung und der — von dem Verzuge in der Zurücknahme des Thieres an — erwachsenen Kosten der Fütterung und Pflege verpflichtet, rechtlich gegründet.

Zum Beweise der behaupteten, von beklagter Seite aber widersprochenen Dämpfigkeit der fraglichen Stute hat der Kläger die Untersuchung derselben nach Vorschrift des Gesetzes Art. 9 beantragt und es hat der hiezu gerichtlich ernannte Bezirksthierarzt L. in dem von ihm am 8. vorigen Mts. erstatteten gehörig begründeten Gutachten sich dahin ausgesprochen, daß das untersuchte Stutenpferd mit dem Hauptmangel Dämpfigkeit, wie solcher im Währschaftsgesetz vom 23. April 1859 aufgeführt ist, behaftet sei.

Dieses Gutachten ist nun Beklagterseits aus zweierlei Gründen angefochten worden, mit dem Antrage, ein Gutachten durch andere Sachverständige erheben zu lassen, weil nicht, wie Art. 11 des Gesetzes es vorschreibt, vom G e r i c h t, sondern von Thierarzt L. an die Stelle der nicht rechtzeitig vorgeladenen und darum ausgebliebenen Beklagten zur Untersuchung des Thiers ein Stellvertreter bestellt worden sei, und ferner weil Thierarzt L. bereits vor der gerichtlichen Untersuchung den Beklagten und deren Anwalt gegenüber sich gutächtlich ausgesprochen habe, daß das Pferd dämpfig sei, weßwegen derselbe nach Maßgabe des §. 496 und 71 der P.O. wegen besorgter Befangenheit abgelehnt werde. Allein beide Einwendungen sind ungegründet, und zwar, was die erste betrifft, weil für die unterlassene oder mangelhafte Beobachtung der im Art. 11 des Gesetzes vom 23. April 1859 vorgeschriebenen Formen des Verfahrens nicht ausdrücklich die Nichtigkeit gedroht und weil die Bestimmung dieses Gesetzes, daß von dem Gerichte für den ausgebliebenen Betheiligten ein Vertreter bestellt werde, nicht für eine nothwendige Feierlichkeit und Förmlichkeit erklärt ist, weßhalb das Gutachten um so mehr aufrecht zu erhalten ist, als von beklagter Seite nicht einmal behauptet werden konnte, daß und in wie ferner durch die von Bezirksthierarzt L. erfolgte Aufstellung eines Stellvertreters dem Beklagten ein Nachtheil zugegangen ist. Die Absicht des Gesetzes ist in diesem Punkte offenbar keine andere, als daß die Rechte des Abwesenden gehörig gewahrt werden, und da nicht geltend gemacht worden ist, daß der von Bezirksthierarzt L. bestellte Stellvertreter der Beklagten dazu unfähig sei, oder dies zu thun unterlassen habe, so ist die Absicht des Gesetzes, obschon der beigezogene Stellvertreter nicht vom Gericht ernannt worden ist, dennoch erreicht.

L.R.S. 6 k.

Ebenso wenig kann dem Antrag auf Erhebung eines weiteren Gutachtens Statt gegeben werden; von beklagter Seite ist nämlich nicht geltend gemacht worden, daß das von dem Sachverständigen Bezirksthierarzt L. erstattete Gutachten einer Erläuterung oder Vervollständigung bedürfe, insbesondere nicht, daß der Gegenstand der Begutachtung ein anderer sei, oder diese auf unrichtigen Voraussetzungen beruhe (§. 502 der P.O.). Zur Begründung des gestellten Antrages kann sich der beklagte Theil auch darauf nicht berufen, daß der hier erhobene Beweis zum ewigen Gedächtniß erhoben worden sei, daher die Bestimmungen des §. 519 und 520 der P.O. in Anwendung kommen müssen; denn wie sich aus dem Commissionsbericht der II. Kammer zu Art. 8 des Gesetzes ergibt, ist die mit der Vorladung anzu-

ordnende gerichtliche Untersuchung des angeblich erkrankten Thieres das Hauptbeweismittel, indem dem Richter gegen die Grundsätze der Verhandlungsmaxime zur Pflicht gemacht ist, Tagfahrt zur Erhebung des Gutachtens anzuordnen; es sind daher die Voraussetzungen des Beweises zum ewigen Gedächtniß, nämlich die Gefahr des Verlustes oder erschwerten Gebrauchs von Beweismitteln (§. 516 der P.O.) hier nicht als vorhanden anzunehmen. Abgesehen davon, daß, indem Kläger den Thierarzt L., welcher mit ihm dahier seinen Wohnsitz hat, als den ihm zunächst zu Gebote stehenden Sachverständigen über die Krankheitserscheinungen des Pferdes zu Rathe zog und dieser sich darüber gutächtlich äußerte, nach diesen Umständen nicht wohl anzunehmen ist, daß derselbe im Sinne des §. 71 der P.O. ein Gutachten ausstellen wollte und ausgestellt hat, vielmehr dessen Aeußerung als eine dem Kläger ertheilte Belehrung, wie sie ihm als licenzirten Thierarzt oblag, aufzufassen ist, so kann die gegen denselben vorgebrachte Einrede wenigstens in dem gegenwärtigen Rechtszug nicht berücksichtigt werden, weil dieselbe nach erstattetem Gutachten vorgetragen worden ist, daher dieses, weil die Ablehnung nicht wegen Unfähigkeit geschah, in dem gegenwärtigen Prozeßabschnitt rechtsbeständig ist. (§. 81 der P.O.)

Beklagterseits wird in der Hauptsache selbst ferner widersprochen, daß der geltend gemachte Kauf in Bausch und Bogen abgeschlossen worden sei, und vielmehr behauptet, daß der Werth für jedes einzelne Pferd, nämlich für das Stutenpferd 400 Francs, für den Wallachen 600 Francs und später noch weitere 100 Francs als Kaufpreis bedungen worden seien, wovon es auf jedes Pferd 50 Francs treffe.

Allein diese Behauptung wird durch den Inhalt der heute vom Anwalte der Beklagten producirten und vom Gegentheil anerkannten Kaufurkunde vom 21. Februar 1867 widerlegt, worin es heißt, daß der Kläger für 2 Pferde 1100 Francs zu zahlen habe, und durch den weiteren Umstand, daß, wie Seitens des Beklagten selbst behauptet wird, nachdem man über den Preis ad 1000 Francs übereingekommen war, noch weitere 100 Francs bedungen worden sind. Nach L.R.S. 1591 muß aber der Kaufpreis von den Parteien bestimmt angegeben werden, und gerade aus jener Erhöhung des Kaufpreises und zwar ohne Bestimmung des Verhältnisses für jedes einzelne Pferd — in Verbindung mit dem Inhalt der vorhin bezeichneten Vertragsurkunde geht unläugbar hervor, daß ein Klumpenkauf abgeschlossen worden ist, folglich der Kläger rechtlich befugt ist, die Aufhebung des Kaufes beider Pferde und nicht blos eines derselben zu verlangen.

Oberhofg. Jahrbücher n. F. XII. S. 4, Annalen XVIII. S. 109.

Urtheil des Kreisgerichts Baden vom 16. April 1867. In Sachen Levi gegen Ackenheil.

Dr. Puchelt.

36.

Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers, L.R.S. 1626 ff., wird durch den Rechtsirrthum des Käufers nicht ausgeschlossen. L.R.S. 1629.

In Sachen

der fürstlichen Standesherrschaft Fürstenberg, Klägerin, Appellatin, Oberappellantin

gegen

Altbürgermeister Conrad Tritschler in Fischbach, Beklagten, Appellanten, Oberappellaten,

Gewährleistung betr.

Nach Inhalt der Vertragsurkunde vom 10. Juni 1837 hatte der Beklagte einen Waldcomplex, sowie eine auf dem Eigenthum der Klägerin lastende Holzberechtigung, wie sie seither mit dem Villinger'schen Hofe verbunden war, und zwar jeden dieser Vertragsgegenstände zu einem festen Preise angeschlagen, der Klägerin zum eigenen Genusse und zu Eigenthum übertragen.

Nach Abschluß dieses Kaufs wurde aber durch rechtskräftiges Urtheil vom 19. Oktober 1866 ausgesprochen, daß die fragliche Holzberechtigung forthin auf dem bisher berechtigten Hause ruhe, indem der Gemeinde Raithenbuch als solcher, und nicht den einzelnen Gemeindeangehörigen die Disposition hierüber zustehe.

Das großh. Oberhofgericht sah hierin nach den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 10. Februar 1868 mit der Klägerin eine Entwährung eines Theiles des früheren Kaufsgegenstandes, auf welche die Grundsätze über Gewährleistung, wie sie L.R.S. 1626 f. aufstellen, Anwendung finden.

Der Beklagte hielt aber dem Gewährleistungsanspruche entgegen, daß der kläger'sche Theil, als Eigenthümer des belasteten Gutes seit unfürdenklichen Zeiten, gewußt haben müsse, daß sein Gegencontrahent nicht die holzberechtigte Person sei, somit gemäß L.R.S. 1629 den Rückersatz des Kaufpreises nicht verlangen könne, allein in den Entscheidungsgründen ist ausgeführt:

„Jene allgemeine und ganz unbestimmte Behauptung genügt nicht, um die Voraussetzungen jener Gesetzesstelle auch nur glaubhaft erscheinen zu lassen; es wäre vielmehr die Obliegenheit des Beklagten gewesen, jene Unterstellung thatsächlich näher zu begründen und darzuthun; —

Troplong, vente no. 484,

es steht aber der Annahme einer solchen auch der Thatumstand entschieden entgegen, daß die Klägerin, — wie der Rechtsstreit der Gemeinde Raithenbuch gegen dieselbe wegen Holzberechtigung, auf dessen Ausgang sich der Gewährleistungsanspruch stützt, darthut, — die Rechtmäßigkeit des Kaufs gerichtlich verfocht, sich somit bei ihr nur etwa ein Rechtsirrthum, damit aber auch der Mangel derjenigen Kenntniß, welche L.R.S. 1629 voraussetzt, unterstellen ließe." Red.

37.

Auslegung von Feuerversicherungsverträgen für Mobilien und von einigen dabei vorkommenden Clauseln.

Welche Wirkung hat es, wenn bei der Versicherung eines Waarenlagers für eine gewisse Gesammtversicherungssumme zugleich ein Waarenquantum des versicherten Lagers (hier bei einem Tabakslager die Centnerzahl des Tabaks) angegeben wird?

Es kann — nach den Bestimmungen der Dresdener Feuerversicherungs-Gesellschaft — in einem solchen Falle — nicht durch Theilung der angegebenen Centnerzahl des Tabakslagers in die Gesammtversicherungssumme ein Durchschnittswerth per Centner Tabak aufgestellt werden, welcher dann als ein für allemal feststehender Maßstab für die Entschädigung bei einem sich in der Folge ereignenden Brandfalle zu gelten hätte; es bleibt vielmehr bei der in §. 8 jener Bestimmungen ausgedrückten Regel, daß der Ersatz des Schadens an den versicherten Gegenständen nach dem wahren Werthe derselben zur Zeit des Brandes zu geschehen habe.

Erfordernisse zur Aufstellung eines festbestimmten Werth-, bezw. Entschädigungsbetrages, sog. specificirte Versicherung.

Beschränkung der Brandschadensvergütung durch die sog. Proportionalklausel.

Verhältniß dieser Klausel in ihrer Wirkung zu der andern Klausel, durch welche der Betrag der Versicherungssumme als **maximum** der Vergütung bezeichnet wird.

Beschränkung der Vergütung durch das s. g. **Limito** des Quantums.

In Sachen
des Christian Vogt von Dinglingen
gegen
die Dresdener Feuerversicherungs-Gesellschaft (Generalagentur Mannheim),
Forderung aus Feuerversicherungsvertrag betr.

Dem Christian Vogt von Dinglingen, welcher auch Cigarrenfabrikation betrieb, und unterm 16. Februar 1859 sein Tabaklager bei der Dresdener Feuerversicherungs-Gesellschaft für die Zeit vom 5. Februar 1859 bis dahin 1864 versichert hatte, war bei einem in der Nacht vom 20. auf 21. August 1863 ausgebrochenen Brande seines Schoppens auch eine Quantität seines Tabakvorrathes verbrannt, und da eine eingeleitete gütliche Uebereinkunft sich zerschlug, erhob derselbe gegen die Versicherungs-Gesellschaft (vertreten durch ihren Generalagenten in Mannheim) Klage. Es war dabei zwar auch das Quantum des verbrannten Tabaks streitig, indem Kläger dasselbe zu 85 Centner angab, die beklagte Gesellschaft aber und zwar erst in zweiter Instanz nur 20 Centner zugab; allein es genügt hier zu bemerken, daß der Unterrichter noch auf Notheide erkannt hatte, die beiden oberen In-

stanzen aber das verbrannte Quantum Tabak nur zu 20 Centner annahmen. Den weiteren Streitpunkt bildete die Auslegung des Versicherungsvertrages, bezw. der demselben beigefügten gedruckten Police.

Nach dem Laute des Versicherungsvertrages vom 16. Februar 1859:

„gilt die Versicherung für nachbenannte Gegenstände, in dem Wohn-, Scheuer- und Schopfgebäude, in welchem Cigarrenfabrikation betrieben wird, befindlich:

1) Tische, Bänke und Rahmen . . .	50 fl.
2) 550 Centner Tabak	5000 fl.
	ca. 5050 fl.

Die beigedruckten „allgemeinen Versicherungsbedingungen“ lauten in dem Abschnitt „Brandschäden“ „1. Ermittlung des Schadens“ in dem vorangestellten §. 8, soweit er hier einschlägt, folgendermaßen:

„Die Versicherung soll nicht zu einem Gewinn führen; ihr alleiniger Zweck ist der Ersatz des Schadens an den versicherten Gegenständen, nach dem wahren Werthe zur Zeit des Brandes. Derselbe wird ermittelt:

a) bei Waaren, Rohstoffen, Produkten, Vieh, nach dem Tagespreis und nach Maßgabe ihrer Qualität und Beschaffenheit;
b) bei Maschinen ꝛc.;
c) bei Mobilien, Hausgeräthen ꝛc.

Der zur Versicherung beantragte Werth gibt also weiter keinen Maßstab, als daß er die Grenze feststellt, bis zu deren Höhe der Versicherte die Vergütung des von ihm nachgewiesenen, wahren Werthes der verlorenen oder beschädigten Gegenstände von der Gesellschaft zu fordern berechtigt ist.

Die Versicherung selbst begründet weder einen Beweis, noch eine Rechtsvermuthung für das Vorhandensein und den zu ersetzenden Werth der versicherten Gegenstände.

Sind die versicherten Gegenstände zugleich bei anderen Anstalten versichert, oder übersteigt deren Werth ohnedies die versicherte Summe, so wird der Schaden pro rata vergütet; ebenso wenn in der Police ein bestimmter Antheil als Sebstversicherung ausgedrückt ist.

Ist dagegen der Werth der zur Zeit des Brandes vorhanden gewesenen Gegenstände geringer als deren Versicherungssumme, letztere möge auf Taxation beruhen, oder nicht, so wird der Schaden nur nach jenem geringeren Werthe vergütet.“

Der Erstinstanzrichter war nun der Ansicht, daß nach diesen Bestimmungen der Police und nach der Natur des vorwürfigen Versicherungsobjektes, nemlich eines in seinem Umfang stets wechselnden Tabaklagers, auf die bei der Versicherung desselben beigefügte Angabe des Quantums gar keine Rücksicht zu nehmen, und da im Uebrigen die Versicherungssumme von 5000 fl. nicht überschritten werde, schlechthin der Tagespreis des Tabaks zur Zeit des Brandes, also nach der deßfallsigen Begutachtung der Experten 25 fl. per Centner anzusetzen sei.

Das Appellationsgericht dagegen legte jener Angabe des Quantums eine eingreifende Bedeutung bei, indem es in den Entscheidungsgründen Folgendes ausführt: „Wenn der Kläger 550 Centner zu 5000 fl. versichert hat, so wurde dabei ein Werth von $9^1/_{11}$ fl. per Centner angenommen; über diesen Werth hinaus haftet die Beklagte nicht, weil sie auch nur für diesen Werth die Prämie bezogen hat, und für den höheren Werth der Kläger, als Selbstversicherer erscheint. Die Auffassung des Unterrichters, der die Centnerzahl als nicht geschrieben behandeln will, widerspricht dem Wortlaute und der Absicht des Vertrags, der selbstverständlich in erster Reihe den Gegenstand, und dann den Werth, in dem versichert wurde, bezeichnet; wenn in §. 8 gesagt ist, daß, wenn der Werth die versicherte Summe übersteige, der Schaden pro rata vergütet werde, so kann dies unmöglich dahin ausgelegt werden, daß nur der Betrag der Versicherungssumme nicht überschritten werde, denn sonst müßte die Versicherungsgesellschaft z. B. bei doppeltem Werthe und wenn nur die Hälfte der versicherten Gegenstände verbrannt ist, ebensoviel bezahlen, wie wenn alle verbrannt wären, während doch offenbar nach den Vertragsbestimmungen und nach der Natur des Rechtsverhältnisses der gerettete, bezw. nicht verbrannte Theil der versicherten Gegenstände in Abrechnung kommen muß. Der Eingang des §. 8 steht dieser Auslegung nicht entgegen, weil unter allen Umständen kraft Gesetzes und Vertrags nicht **mehr** als der wahre Werth vergütet werden darf.“

Das großh. Oberhofgericht hat in seinem Urtheile vom 18. Oktober 1867 — die Ansicht des Appellationsgerichtes nicht getheilt, sondern ist dem Ausspruche des Erstinstanzrichters, jedoch theilweis mit anderer Begründung, beigetreten.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Eine der Beschwerden des Klägers besteht darin, daß das Appellationsgericht, abweichend von dem Unterrichter, für den dem Kläger bei dem Brande vom 20. auf 21. August 1863 verbrannten Tabaksvorrath, welcher bei der beklagten Gesellschaft vermöge Vertrags vom 16. Febr. 1859 versichert war, als Vergütung nicht den Werth, den der Tabak zur Zeit des Brandes gehabt haben soll, 20 fl., bezw. 25 fl., sondern nur $9^1/_{11}$ fl. per Centner, nemlich nur jenen Werth zuerkannt hat, welcher sich ergibt, wenn man die festgesetzte Versicherungssumme von 5000 fl. durch die dort angegebene Centnerzahl des Tabaksvorraths von 550 theilt. Es ist nun aber in §. 8 der Police im Eingang als allgemeiner Grundsatz der Schadensvergütung vorangestellt, daß

„der Ersatz des Schadens an den versicherten Gegenständen nach deren wahrem Werthe zur Zeit des Brandes"

geschehen solle, und es ist unrichtig, wenn das Appellationsgericht unterstellt, daß dieser Grundsatz nicht durchgehends, sondern nur für den Fall gelte, wenn der Werth der Versicherungsgegenstände zur Zeit des Brandes ein geringerer ist, als er bei dem Versicherungsvertrag zu Grund gelegt worden war. Es kann hiefür der fünfte Absatz des §. 8 der Police nicht angerufen werden, denn es ist darin keine solche Beschränkung jenes Grundsatzes, sondern eine ausdrückliche Bestätigung desselben auch für den Fall ausgesprochen, wenn der Werth der zur Zeit des Brandes vorhandenen Gegenstände geringer ist, als deren Versicherungssumme: es soll dann ebenfalls der zur Zeit des Brandes bestehende geringere Werth maßgebend sein. Für den entgegengesetzten Fall, wenn der Werth der Versicherungsgegenstände seit der Versicherung gestiegen ist, wird in dem jener Stelle vorangehenden vierten Absatz des cit. §. 8 jener Grundsatz ebenfalls keineswegs ausgeschlossen, vielmehr beibehalten.

Es ist dabei zwar in der Bestimmung, daß bei einer gewissen Höhe dieses Werthes der Schaden von der Gesellschaft nur pro rata vergütet werde, — eine Beschränkung der Schadenvergütungspflicht der Gesellschaft ausgesprochen; allein diese Beschränkung geht nicht dahin, daß dann der bemerkte Grundsatz für die Werthsermittlung der verbrannten Stücke nicht mehr zu gelten hätte, sondern dahin, daß der immerhin nach jenem Grundsatz zu berechnende Schadens- und Vergütungsbetrag von der Gesellschaft nicht in vollem Betrage, sondern nur ein bestimmter proportioneller Antheil davon (rata) zu leisten wäre.

Die Voraussetzung aber, unter welcher jene Beschränkung der Verbindlichkeit der Versicherungsgesellschaft eintritt, ist auch nicht immer schon dann vorhanden, wenn bei dem Versicherungsgegenstand der Preis per Centner, Malter, Ohm u. dgl. zur Zeit des Brandes höher steht als der bei der Versicherung zu Grund gelegte Preis, — sondern erst dann, wenn der Werth der versicherten Gegenstände schlechthin, d. h. im Ganzen genommen höher steht, als die Versicherungssumme, wie denn in der fraglichen Bestimmung auch nicht diese Preise per Centner u. dgl. einander gegenübergestellt, sondern der Gesammtwerth der Versicherungsgegenstände mit dem Betrage der Versicherungssumme im Ganzen zusammengehalten wird.

In dem hier vorgesehenen Falle also, wo zur Zeit des Brandes der Gesammtwerth des Versicherungsobjektes nach dessen Bestande zu diesem Zeitpunkte die Versicherungssumme übersteigt, würde der dieselbe übersteigende Mehrwerth des Versicherungsobjektes nicht mehr als in der Versicherung begriffen betrachtet, sondern es würde vielmehr für diesen Mehrwerth der Versicherte als Selbstversicherer gelten, und die Folge davon wäre, daß an jedem eingetretenen Brandschaden auch der Versicherte als Selbstversicherer einen jenem Mehrwerth entsprechenden proportionellen Theil mitzutragen, bezw. auf sich zu behalten und die Versicherungsgesellschaft nur den übrigen, nach dem Betrage der Versicherungssumme zu bemessenden proportionellen Theil des Brandschadens zu vergüten hätte. *)

*) Z. B. wenn ein Tabaklager von 400 Centner in einem Gesammtwerth von 6000 fl. versichert wurde, wornach sich also im Durchschnitt der Centner zu 15 fl. berechnen würde; zur Zeit des ausgebrochenen Brandes aber der Werth des Tabaks auf 20 fl. per Centner, für ein Lager von 400 Centner also auf 8000 fl.

Dieser Auffassung entspricht auch die Stelle, welche in der Police dieser Bestimmung zugewiesen ist, wo nemlich dieselbe mit den Fällen getheilter Vergütungspflicht und mit den Fällen der ausdrücklichen Selbstversicherung in eine Reihe gestellt ist.

Ohnehin bildet aber die ganze Bestimmung nichts außergewöhnliches, sondern sie ist die bekannte sog. règle proportionelle, wie sie in den Policen solcher Versicherungsgesellschaften regelmäßig vorkömmt und in verschiedenen derselben eine Fassung hat, wodurch die hier angenommene Bedeutung noch bestimmter hervortritt, z. B. bei

der Elberfelder Feuerversicherungs-Gesellschaft §. 10, s. Note a),
dem deutschen Phönix Art. 15, s. Note b),
der Magdeburger Feuerversicherungs-Gesellschaft §. 10, s. Note c),
der Feuerversicherungs-Bank für Deutschland zu Gotha §. 56 Ziff. 5, s. Note d),
der Basler Versicherung gegen Feuerschaden Art. 26, s. Note e),
le Nord, Comp. anonyme d'assurance contre l'incendie (Lille et Paris) art. 12, s. Note f),

und welche auch von den Rechtslehrern in dem hier ausgeführten Sinne ausgelegt wird, im Anschluß an Art. 796 des d. a. H.G.B., man vrgl.:

Zeitschrift für Versicherungsrecht von Dr. Malß Bd. I. S. 12 und 18 Note 3 und Bd. II. S. 1 ff. und
Dr. Malß in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. VI. S. 382 und
Dalloz Rep. Bd. V. S. 379—380 assurance terrestre No. 218—221.

Die oben ausgeführte Voraussetzung für die Wirksamkeit dieser Clausel ist nun aber im vorliegenden Falle nicht vorhanden, da anerkanntermaßen der Versicherte zur Zeit des Brandes keinen Tabakvorrath von solchem Umfang im Besitze hatte, daß dieser nach dem zu jenem Zeitpunkte geltenden Werthe (von 20 fl., bezw. 25 fl. per Centner) berechnet, die Versicherungssumme von 5000 fl. überstiegen hätte. Die Folge hievon ist, daß weil jener Ausnahmsfall nicht vorliegt, es bei der Regel der vollen Vergütung des Werths des Tabaks nach den Preisen zur Zeit des Brandes — sein Verbleiben haben müßte.

Der Umstand, daß die Clausel in die Police aufgenommen ist, kommt aber doch noch in einer andern Beziehung in Betracht, nemlich zur Beseitigung des von dem Appellationsgerichte aufgestellten Gegenarguments, daß im Falle des gestiegenen Werthes des Versicherungsobjektes bei Aufrechthaltung des Grundsatzes der vollen Werthsvergütung das Resultat sich ergeben könnte, daß schon beim Verbrennen eines Theiles, etwa blos der Hälfte des Versicherungsobjektes, der volle Betrag der Versicherungssumme gefordert werden könnte, während auch in dem Falle, wo das ganze Versicherungsobjekt verbrannt sein würde, gerade nur ebenso viel, nemlich der Betrag der Versicherungssumme in Anspruch genommen werden könnte.

Hiergegen ist zunächst zu bemerken, daß das hier gerügte Resultat nicht dem Grundsatz der vollen Werthsvergütung zur Last zu legen wäre, sondern der in der Police (§. 8 Abs. 2) festgesetzten Hauptbeschränkung der

---

stände: so würde die Versicherungsgesellschaft an diesem Werthe von 8000 fl. nur für den Betrag der Versicherungssumme also nur für 6000 fl. einzustehen haben, und für den Mehrwerth ad 2000 fl. würde der Versicherungsnehmer selbst als sog. Selbstversicherer gelten.

Bei einem totalen Untergang des ganzen Lagers von 400 Centner im Gesammtwerthe von 8000 fl. hätte daher an diesem Schaden die Versicherungsgesellschaft nur 6000 fl. zu vergüten, den übrigen Theil des Schadens mit 2000 fl. hätte der Versicherungsnehmer als Selbstversicherer auf sich zu tragen.

Aber auch wenn von dem in diesem Bestande und Werthe vorhandenen Lager nur ein Theil z. B. 60 Centner also zu 20 fl. per Centner im Werthe von 1200 fl. zu Grunde gehen, so kommt dieser Schaden, obwohl er die Versicherungssumme von 6000 fl. nicht übersteigt, nicht der Versicherungsgesellschaft allein zur Last, sondern auch dieser partielle Schaden vertheilt sich auf die Versicherungsgesellschaft einerseits und zugleich auf den Versicherungsnehmer anderseits, und zwar nach Verhältniß der Antheile, welche sie an dem vorhandenen Gesammtwerthe des Versicherungsobjectes ad 8000 fl. zu vertreten haben, so daß an den 1200 fl. Brandschaden die Versicherungsgesellschaft in dem Maaße zu tragen hat, wie sich der Gesammtwerth von 8000 fl. zu dem Betrag der Versicherungssumme von 6000 fl. verhält, also 900 fl.; und anderseits der Versicherungsnehmer in dem Maaße, wie sich jener Gesammtwerth von 8000 fl. zu dem Theil derselben ad 2000 fl. verhält, welcher durch die Versicherungssumme von 6000 fl. nicht gedeckt und durch den Versicherungsnehmer als Selbstversicherer zu vertreten sind, — also 300 fl.

Vergütungspflicht der Versicherungsgesellschaft, wonach dieselbe in keinem Falle mehr als die Versicherungssumme an Vergütung zu leisten haben soll. Die wesentliche Wirkung dieser Beschränkung liegt aber nicht in der von dem Appellationsgericht hervorgehobenen, sondern vielmehr in der entgegengesetzten Richtung, wonach der Versicherte, auch wenn sein wirklich erlittener Brandschaden sich viel höher beläuft, als die Versicherungssumme, — dennoch nur so viel als Vergütung erhält, als die Versicherungssumme beträgt. Abgesehen davon, ob ein solches Verhältniß, wie es das Appellationsgericht unterstellt, als eine durchaus unzuläßige Folgerung zu betrachten wäre, m. vrgl. dagegen die erwähnte Zeitschrift von Dr. Malß für Versich. Recht Bd. II. S. 2, so ist einem Mißstande der Art, vermöge der oben erwähnten sog. Proportionalregel vorgebeugt. Wenn nemlich diese Regel neben der Beschränkung der Vergütung auf den Betrag der Versicherungssumme als maximum eingehalten wird, so kann es nicht vorkommen, daß bei blos partiellem Brandschaden am Versicherungsobjekt der volle Betrag der Versicherungssumme angesprochen wird. So lange nemlich zur Zeit des Brandes der Werth des gesammten Bestandes des Versicherungsobjekts höchstens den Betrag der Versicherungssumme erreicht, so kann selbstverständlich ein Theil dieses Objektes an Werth nicht ebenfalls die Versicherungssumme erreichen; und wenn schon der Werth des gesammten Versicherungsobjektes jene Summe nicht erreicht, so muß der Werth eines bloßen Theiles noch tiefer unter jener Summe bleiben. Eben so muß es sich mit der Vergütungssumme, welcher eben diese Werthsermittlung als Grundlage dient, verhalten. Uebersteigt aber zur Zeit des Brandes jener Gesammtbestand des Versicherungsobjektes in seinem Gesammtwerthe die Versicherungssumme, so wird vermöge der bemerkten Clausel nicht die volle Versicherungssumme, sondern nur ein proportioneller Betrag derselben, der sich aber selbstverständlich bei totalem Untergang des Versicherungsobjektes höher berechnet, als bei dem Untergang eines Theiles deßelben, als Vergütung geleistet, s. Note g).

Es ist weiter ebensowenig gerechtfertigt, wenn das Appellationsgericht aus der Art, wie hier die Anmeldung des Versicherungsobjektes geschehen ist, nämlich aus dem Umstande, daß bei dem zur Versicherung angemeldeten Tabakvorrath auch eine Centnerzahl angegeben wurde, — die Folgerung zieht, es sei dadurch der für die Ermittlung des Werthes und der Vergütung versicherter Gegenstände im Falle eines Brandschadens in §. 8 der Police allgemein aufgestellte Grundsatz verlassen und an dessen Stelle ein festbestimmter Tabakspreis gesetzt worden.

Wenn nämlich dies die Absicht der Vertragspersonen gewesen wäre, so darf wohl mit Grund vorausgesetzt werden, daß dieselben dann jenen festbestimmten Preis, welcher an die Stelle der Werthsermittlung des §. 8 der Police hätte treten sollen, auch ausdrücklich in dem Versicherungsvertrag bezeichnet haben würden. Es ist dies aber hier nicht geschehen, indem im Versicherungsvertrag nirgends ein Tabakspreis per Centner ausgesprochen ist, so daß derselbe erst durch eine Rechnungsmanipulation ermittelt werden muß. Schon aus dem Grunde des Mangels einer solchen bestimmten Preisangabe können daher auch die Grundsätze der sog. specificirten Versicherung, welche zu dem von dem Appellationsgericht aufgestellten Resultate führen könnten, nicht hieher bezogen werden,

m. vrgl. z. B. die Versicherungsbank für Deutschland in Gotha §. 43 lit. a und b verbunden mit §. 56 Ziff. 1 und 2 ff., s. Note h),
Rhein. Versicherungsgesellschaft §. 8 a. E., s. Note i)
Thuringia zu Erfurt §. 8,
Malß in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. VI. S. 383;

abgesehen davon, daß solche sog. specificirte Versicherung auch nur für individuelle Gegenstände von dauernder Bestimmung und nicht für Begriffsganze, die in ihren einzelnen Bestandtheilen stets wechseln, üblich ist.

Was aber die von dem Appellationsgericht angewandte Rechnungsweise betrifft, wonach die Versicherungssumme durch die angegebene Centnerzahl des Tabaksvorraths getheilt wurde, so ist keineswegs zu unterstellen, daß die dadurch gefundene Ziffer (von $9\frac{1}{11}$ fl.) wirklich den von den Vertragspersonen vorausgesetzten Tabakspreis per Centner darstelle. Bei der Versicherung eines Waarenlagers, eines Tabakslagers und ähnlichen Begriffganzen, die in ihren Bestandtheilen stets wechseln, bringt es die Natur der Sache mit sich und ist durch die Erfahrung bestätigt, daß die Versicherung nicht gerade nach dem bestimmten Umfang, welchen das Waarenlager im Augenblick der Versicherung,

sondern welchen es durchschnittlich hat — bewirkt wird, wobei also derjenige, welcher versichern läßt, bei der Angabe des Umfangs, z. B. der Centnerzahl, u. drgl. nur den mittleren Betrag berechnet.

m. vrgl. Zeitschrift für Versicherungsrecht von Malß Bd. I. S. 259 ff. und
Endemann in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. X. S. 254—255.
Gesetz über Feuerversicherung für Fahrnisse vom 30. Juli 1840, Reggsbl. Nr. 28 §. 7 und 3 und
Vollzugsverordnung dazu vom 3. November 1840 §. 23 No. 4, Reggsbl. No. 36.

Hiezu kommt, daß bei einer Theilung der Versicherungssumme durch die angegebene Centnerzahl einer etwaigen Verschiedenheit der Qualität einzelner Abtheilungen der Waare keinerlei Rechnung getragen wird, während doch sehr leicht die festgesetzte Versicherungssumme gerade mit Rücksicht auf die Preisverschiedenheit solcher Waaren angenommen worden sein kann, und daß insbesondere die zur Zeit eines ausbrechenden Brandes vorhandenen Waaren von einer andern und zwar auch von einer bessern Qualität sein können, als die zur Zeit der Versicherung vorhandenen, oder dabei vorausgesetzten, indem nach dem im §. 8 der Police aufgestellten Grundsatze und mit Rücksicht auf die Proportionalregel der Versicherte nicht gehindert ist, an die Stelle der anfänglich vorhandenen Waare im Verlauf Waare besserer Qualität treten zu lassen, sofern er zugleich den Umfang des Waarenlagers verringert.

Es ist nun nicht anzunehmen, daß der Versicherte einen von dem Stande der Dinge zur Zeit der Versicherung entnommenen Preis per Centner der Waare, auch für den bei einem Brandausbruch vorhandenen Waarenbestand von ganz anderer Qualität habe als maßgebend erklären wollen.

Außerdem läßt aber auch der Wortlaut der Police im §. 8 Abs. 2 und 3 es nicht wohl zu, daß dem zur Versicherung beantragten Werthe eine solche weitgehende Bedeutung beigelegt werde, wie es durch das Appellationsgericht geschieht, indem hiernach vielmehr die Versicherung selbst für das Vorhandensein und den zu ersetzenden Werth der bei dem Brande zu Grunde gegangenen Gegenstände nicht entscheidend ist. Um so deutlicher müßte also eine etwaige entgegenstehende Absicht der Vertragspersonen ausgedrückt worden sein, wenn sie angenommen werden wollte.

Ob endlich in jener Angabe der Centnerzahl in Verbindung mit dem übrigen Inhalte der vorwürfigen Police ein sog. Limito des Quantums enthalten sein könnte, wornach für die Vergütung zwar der zur Zeit des Brandes geltende Tabakspreis als maßgebend anzunehmen, die Vergütung aber nur für ein solches Quantum, wie es zur Versicherung angemeldet war, zu leisten wäre, — kann, da dieser Punkt hier nicht zur Sprache kommt, unerörtert bleiben.

Nach der bisherigen Ausführung war daher Kläger dadurch beschwert, daß das Appellationsgericht demselben für den erweislich verbrannten Tabak als Vergütung nur den durch jene Berechnung gefundenen Preis von $9^{1}/_{11}$ fl. per Centner, und nicht den zur Zeit des Brandes bestandenen ungleich höheren Preis per Centner zugesprochen hat.

Anmerkungen.

Note a) Wenn die bei einem Brande vorhandenen Versicherungsgegenstände den Betrag der Versicherungssumme übersteigen, so trägt der Versicherte den Schaden pro rata.

Note b) Wenn ... erkannt wird, daß im Augenblicke der Feuersbrunst der Werth der durch die Police versicherten Gegenstände den Betrag der Versicherung überschritten habe, so wird der Versicherte als sein eigener Versicherer für diesen Ueberschuß betrachtet, und er trägt in dieser Eigenschaft seinen verhältnißmäßigen Antheil am Verlust.

Note c) Wenn der Werth der bei einem Brande vorhandenen Versicherungsgegenstände die versicherte Summe übersteigt, so wird der Versicherte für den Mehrbetrag als Selbstversicherer angesehen.

Note d) Uebersteigt der zur Zeit des Brandes bestandene Werth des ganzen Versicherungsobjektes die versicherte Summe, so leistet die Bank nur nach Verhältniß der Versicherungssumme zu dem wahren Werthe des Ganzen Entschädigung.

Note e) Ergibt sich, daß zur Zeit des Brandes der Werth der versicherten Gegenstände größer war, als die durch die Police ausgedrückte Versicherungssumme, so wird der Versicherte für den Ueberschuß als sein eigener Versicherer betrachtet, und trägt in dieser Eigenschaft seinen verhältnißmäßigen Antheil am Schaden.

Note f) Si au contraire, il est reconnu, que la valeur des objets couverts par la police excédait au moment

de l'incendie la somme assurée, l'assurée est son propre assureur pour l'excédant, et il supporte, en cette qualité, sa part de dommage au centime le franc.

Note g) Nachdem schon die Vertragsbestimmung, daß nie mehr als der Betrag der Versicherungssumme vergütet werde, eine eingreifende Beschränkung der Brandschadensvergütung enthält, so geht die Proportional-Klausel für den ihr unterliegenden Fall, daß das Versicherungsobjekt in seinem zur Zeit des Brandes vorhandenen Gesammtbestande und Gesammtwerthe die Versicherungssumme übersteigt, — in jener Beschränkung der Vergütung noch weiter. Auch in dem ebengedachten Falle müßte nämlich, wenn blos die ersterwähnte Vertragsbestimmung bestünde, bei einem eingetretenen — totalen oder partiellen — Brandschaden, der sich höher als die Versicherungssumme belaufen würde, eine Vergütung mindestens zum Betrage der Versicherungssumme geleistet, und ein — partieller — Brandschaden, welcher unter dem Betrage der Versicherungssumme bleibt, in seinem vollen Betrage vergütet werden. Wenn dagegen in dem Vertrage auch noch die Proportional-Klausel aufgenommen ist, so hat dies im Falle des Bestandes und Gesammtwerthes des Versicherungsobjektes von oben vorausgesetzter Art — die Folge, daß dann, auch wenn der Brandschaden weit mehr beträgt, als die Versicherungssumme, doch nicht einmal die volle Versicherungssumme auszubezahlen ist; und daß wenn der Betrag des Brandschadens geringer ist, als die Versicherungssumme, auch nicht einmal dieser geringere Betrag voll auszubezahlen ist; wie dies schon oben in Note *) Seite 73 ausgeführt wurde.

Note h) §. 43. Bewegliches Gut kann:

a) specificirt, d. h. nach einzelnen Gegenständen und zu bestimmten Preisen,
b) nach Gattungen summarisch deklarirt werden. Gesammtdeklarationen u. s. w.

Alle werthvollen Maschinen, Gemälde und andere Kunstsachen und Kostbarkeiten, soweit deren Versicherung überhaupt zulässig ist (§. 35), müssen specifirt u. s. w. deklarirt werden.

§. 56. Bei der Schadenberechnung kommt es auf die Art der eingegangenen Versicherungen an. Ist nämlich

1) specificirt zu bestimmten Preisen der einzelnen Gegenstände (§. 43) versichert, so wird auch bei Festsetzung des Ersatzes nach Maßgabe der Specifikation mit Berücksichtigung des §. 52 verfahren 2c.
2) Ist summarisch, oder in Bausch und Bogen versichert, so dürfen nur die zur Zeit des Brandes bestandenen Preise von Handelsgegenständen, die Börsen- und Marktpreise — 2c. zum Maßstabe der Vergütung angenommen werden.

Note i) .... „Eine Selbstversicherung tritt aber auch dann ein, ... wenn ein Gegenstand unter dem taxirten oder angegebenen Werthe versichert worden ist“ oder wie die Thuringia sich ausdrückt, „wenn die Versicherung zu einem minderen als dem angegebenen oder taxirten Werthe geschlossen ist“, also selbst wenn neben der Versicherungssumme noch ein bestimmter Werth des Versicherungsobjektes in der Versicherung angegeben ist, gilt dies noch nicht als ein fester Preisansatz, welcher für die Brandentschädigung maßgebend wäre, sondern begründet nur die verhältnißmäßige Verpflichtung des Versicherungsnehmers als Selbstversicherer.

Betzinger.

38.

Dem (sammtverbindlichen) Bürgen des Cedenten steht ebensowenig, wie diesem selbst, die Einrede der unterbliebenen Bekanntmachung der Cession (L.R.S. 1690) zu.

In Sachen

des Kaufmanns Isaak Krämer in Mannheim, Klägers, Appellanten, Oberappellaten

gegen

Georg Michael Gieser in Ostersheim, Beklagten, Appellaten, Oberappellanten,

Forderung betreffend,

hatte der Beklagte die Unwirksamkeit der Verbindlichkeitsübernahme „für den richtigen Eingang“ der von seinem Bruder an den Kläger cedirten Pachtzinse behauptet, weil die feierliche Bekanntmachung der Uebertragung an die abzutretenden Schuldner nach Maaßgabe des L.R.S. 1690 nicht erfolgt sei und die Pachtzinse in die bald nachher ausgebrochene Gant gezogen worden seien. Allein das großh. Oberhofgericht sprach in den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 12. Dezember 1867 aus:

„Die Bestimmung des L.R.S. 1690 bezieht sich nach

ihrer ausdrücklichen Wortfassung und feststehender Rechtsübung nur auf den Besitz gegen dritte Personen, deren Sicherung dieselbe bezweckt, zwischen dem Cedenten und Rechtsnehmer ist die Uebertragung unabhängig von der Kundmachung wirksam.

Troplong, de la vente, art. 691 nro. 880. 882 seq.

Aubry et Rau, cours de droit (d'apres Zachariae) III. §. 359 bis.

Oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. Jahrg. 8 S. 167, auch S. 595.

Wenn nun allerdings der Schuldner, übrigens auch dieser nur unter gewissen Voraussetzungen (L.R.S. 1691), den Mangel der Bekanntmachung dem Rechtsübernehmer wirksam entgegen halten kann, so kommt dagegen dem Cedenten dieses Recht nicht zu, da in Bezug auf ihn die Uebertragung nach dem allgemeinen Grundsatz des L.R.S. 1583 und 1134, welcher auch hier Anwendung findet, schon durch die wechselseitige Einwilligung wirksam zu Stande kommt und von dem Bürgen, zumal einem (nach L.R.S. 2021 a) sammtverbindlichen Bürgen, der sich unter Umständen, wie sie hier vorlagen, verpflichtete, muß in dieser Beziehung das Nämliche gelten.

Vergl. L.R.S. 2036. 2037. Troplong du cautionnement, ad art. 2036 nro. 494 seq. und ad art. 1212 nro. 46 seq.

Der Beklagte erscheint nicht als ein Dritter im Sinne des Gesetzes, steht vielmehr als sammtverbindlicher Bürge in einem ähnlichen Verhältniß, wie der Cedent selbst und die Verpflichtung, die er übernahm, indem er am mehrerwähnten Acte Theil nahm und den Kläger, namentlich auch für den Fall etwaigen Zahlungsunvermögens, zu sichern sich herbei ließ, schließt die Befugniß, die Nichtbekanntmachung an die Schuldner zu seiner Befreiung geltend zu machen, von selbst und nothwendig aus.

Vergl. Troplong am letztangeführten Ort No. 521.

Lauckhard, Rechtsfälle Bd. 2 S. 299.

Aus dieser Stellung des Beklagten als sammtverbindlichen Bürgen des Cedenten und als Theilnehmer am mehrerwähnten Act ergibt sich in gleicher Weise, daß es ihm nicht zusteht, das zu Grunde liegende Hauptgeschäft auf Grund des L.R.S. 1167 verglichen mit Pr.O. §. 724. 726 wegen behaupteter Gefährde gegen den Gläubiger anzufechten. Derselbe erscheint hier nicht als ein Dritter und nicht als ein Gläubiger des Cedenten 2c. Red.

39.

Die Frage ob der Inhalt einer Zeugenaussage für die Ueberführung des Angeschuldigten erheblich oder unerheblich gewesen sei, bildet einen Theil der Beurtheilung des Beweismaterials, und gegen dieselbe und ebenso gegen den darauf gebauten Ausspruch über Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Strafmilderungsgrundes des §. 490 des St.G.B. findet eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht statt;

ebenso wenig gegen den Ausspruch, daß eine Zeugenaussage zu Gunsten des Angeschuldigten gemacht worden sei.

Ebenso verhält es sich mit der Frage, ob thatsächlich gegen den Zeugen eine Mitbetheiligung an dem in Frage gestandenen Vergehen im Sinne des §. 491 des St.G.B. dargethan, und also deßhalb Grund vorhanden sei, ihn wegen seiner falschen Aussage straflos zu lassen.

In Anklagesachen

gegen

Adolph Vogel von Bellingen z. Z. zu Rosenberg,

wegen Handegelübdebruchs (falschen handegelübdlichen Zeugnisses),

hatte der Angeklagte in seiner Nichtigkeitsbeschwerde gegen das ihn schlechthin verurtheilende Erkenntniß der Strafkammer zu Mosbach vom 19. Dezember 1867 auch die oben angedeuteten Momente für geltend gemacht. Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde aber von großh. Oberhofgerichte unterm 15. Februar 1868 verworfen, und ist in den Entscheidungsgründen über obige Fragen folgendes gesagt:

Die Zeugenaussage, welche der Angeklagte in der vorhergegangenen Untersuchung gegen Friedrich Wilhelm Häferlin von Bellingen wegen rachsüchtiger Beschädigung gemacht hatte, bildet insofern den Gegenstand der jetzigen Anklage, als derselbe damals außergerichtlich

an die S. Vogels Ehefrau von Bellingen eine Mittheilung über ein ihm zu Ohren gekommenes Gerücht hinsichtlich der Urheber jener That gemacht haben soll, diese Mittheilung aber sodann bei der gerichtlichen Einvernahme unter Handgelübde in Abrede gestellt hat. Es gilt nun durch die Entscheidungsgründe der Strafkammer als festgestellt, daß der Angeklagte jene Mittheilung an die S. Vogels Ehefrau in Wirklichkeit gemacht hatte, sowie daß er diesen Umstand bei der gerichtlichen Einvernahme gegen besseres Bewußtsein in Abrede gestellt habe. Die weitere Frage aber, auf die es hier zunächst ankommt, ob der Umstand jener Mittheilung für die Ueberführung des damaligen Angeschuldigten, welcher freigesprochen wurde — erheblich gewesen wäre, oder nicht, erscheint als Bestandtheil jener richterlichen Beurtheilung, welche sich überhaupt damit zu befassen hat, ob das Beweismaterial zu einer Ueberführung des Angeklagten geeignet und zureichend sei. Wie nun aber bekanntermaßen diese richterliche Beurtheilung im Ganzen gemäß §. 298 und 300 vrgl. mit §. 373 der St.P.O. lediglich dem erkennenden Gerichte unter Ausschluß jedes Rechtsmittels zugewiesen ist, so kann auch die in dieser Richtung ausgeübte richterliche Beurtheilung hinsichtlich eines einzelnen Theiles des Beweismaterials keiner weiteren Prüfung des Cassationsgerichtes unterstellt werden.*) Es wird hieran auch durch den Umstand nichts geändert, daß diese Beurtheilung hier nicht von jenem Gerichte ausgeht, welches unmittelbar die vorangegangene Untersuchung über die rachsüchtige Beschädigung abzuurtheilen hatte; denn auch für die jetzige Untersuchung über das falsche Zeugniß bildet die frühere Untersuchung mittelbar einen Theil der faktischen Grundlage.

Wenn sodann der Angeklagte als weiteren Grund der Nichtigkeitsbeschwerde geltend machen will, daß die Strafkammer mit Unrecht die fragliche Aussage des Angeklagten als zu Gunsten des damaligen Angeschuldigten abgelegt betrachtet habe: so gilt über diesen Punkt einestheils das Ebengesagte; anderntheils aber könnte unter der hiernach feststehenden Voraussetzung, daß die Aussage erheblich war, — durch die von der Strafkammer gewählte Auffassung, da sie nach §. 502 verbunden mit §. 487 des St.G.B. die für den Angeklagten günstigere ist, dieser um so weniger beschwert sein, als eine wissentlich falsche Aussage, selbst wenn sie unerheblich war, — niemals straflos sein kann.

Für die fernere Behauptung in der Nichtigkeitsbeschwerde, als wäre der jetzige Angeklagte an jenem Vergehen, welches den Gegenstand der vorangegangenen Untersuchung bildete, selbst in der in §. 491 des St.G.B. bemerkten Art betheiligt gewesen, daß wegen seines Zeugnisses, auch wenn es falsch gewesen sei, keine Strafe stattfinde: — fehlt es ausweislich der in den Entscheidungsgründen der Strafkammer gegebenen Feststellungen an der thatsächlichen Begründung. Betzinger.

40.

§. 361 des Str.G.B.

Ob der Angeklagte im Verhältniß eines Erziehers zu der mißbrauchten Person stehe, ist eine Thatfrage, gegen deren Entscheidung die Nichtigkeitsbeschwerde auf Grund der Ziff. 7 des §. 373 der Str.P.O. nicht stattfindet.

J. A.S. gegen Lehrer Ferdinand Kaiser von Vogelbach, wegen Verführung, hatte die Staatsanwaltschaft das von der Strafkammerabtheilung Waldshut erlassene Urtheil, insoweit darnach der Angeklagte von der Anklage einer Verführung der ihm zur Pflege und Erziehung anvertrauten Wilhelmine Vogelbacher freigesprochen wurde, unter Bezugnahme auf §. 375 Ziff. 2 der Str.P.O. um deßwillen als nichtig angefochten, weil die Strafkammer die Behauptung der Anklage, daß Wilhelmine Vogelbacher dem Angeklagten auch noch zur Zeit ihrer Verführung zur Erziehung anvertraut gewesen sei, ungeachtet der dafür sprechenden, durch die Hauptverhandlung festgestellten Thatsachen für unbegründet angesehen und deßhalb die Strafbestimmung des §. 362 des Str.G.B. mit Unrecht nicht gegen den Angeklagten in Anwendung gebracht habe.

Das großh. Oberhofgericht verwarf jedoch diese Nichtigkeitsbeschwerde durch Erkenntniß vom 16. November 1867 als unzuläßig,

*) Etwas anderes wäre es, wenn es sich darum handeln würde, ob der Thatumstand, auf welchen sich die Zeugenaussage bezog, an sich zum Thatbestand des damals in Frage gestandenen Verbrechens gehöre, oder dafür gleichgiltig gewesen sei: denn die Beurtheilung der Erheblichkeit in dieser Richtung würde offenbar eine Rechtsfrage enthalten, hinsichtlich deren eine Nichtigkeitsbeschwerde nach §. 373 Ziff. 7 der St.P.O. zuläßig sein müßte. D. E.

in Erwägung, daß wenn die Strafkammer den §. 362 der Str.G.B. nur aus dem Grunde für hier nicht anwendbar hielt, weil sie jene Behauptung der Anklage als unerwiesen ansah, die vorliegende Beschwerde nicht für eine im Sinne des §. 375 Ziff. 2 der Str.-P.O. erhobene erachtet werden kann, da mit ihr nicht eine von Seiten der Strafkammer geschehene unrichtige Anwendung des Gesetzes auf festgestellte Thatsachen geltend gemacht, vielmehr nur eine unrichtige Beantwortung der rein thatsächlichen Frage behauptet wird, ob der Vormund der Wilhelmine Vogelbacher, als er Letztere auch noch nach dem 11. November 1861 ohne weiteres ausdrückliches Uebereinkommen mit dem Angeklagten in dessen Hause beließ, die Absicht hatte, ihm die fernere Erziehung des Mädchens anzuvertrauen, und ob sich auch der Angeklagte, indem er das Mädchen in seinem Hause behielt, zu dessen fernerer Erziehung verpflichten wollte. ꝛc. Red.

41.

§. 390 der St.P.O.

Die Rekurskammer, welche nach Ablauf von 10 Tagen den Antrag auf Erhebung neuer Thatsachen oder Beweise nicht mehr zuläßt, begeht keine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens im Sinne des §. 373 Ziff. 3 der St.P.O.

In Anklagesachen
gegen
Johann Adam Werle von Schönau bei Heidelberg,
wegen Diebstahls,

wurde am 1. Februar 1868 von großh. Oberhofgericht erkannt:

Die Rekurskammer hat keine Vorschrift des Verfahrens verletzt, vielmehr den über das Rekursverfahren maßgebenden §. 390 der St.P.O. strenge zur Anwendung gebracht, indem sie den verspäteten, unvollständigen Antrag des Beschwerdeführers auf Zeugeneinvernahme, ohne daß nach §. 156 der St.P.O. Wiederherstellung wegen der Verspätung nachgesucht worden wäre, mit Rücksicht auf §. 393 No. 2 der St.P.O. verworfen hat. Red.

42.

Literaturbericht.

In dem Verlag von A. Freyschmidt in Kassel ist soeben ein:

Repertorium
zu dem
allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch
von den
Gerichtsassessoren **Fr. Scheffer** und **C. Groß**

in zwei Abtheilungen erschienen, welches wir den badischen Juristen und Handelsleuten empfehlen. Der Preis für beide Abtheilungen beträgt 2 Thlr. 15 Sgr. Das Werk entspricht einem wirklichen Bedürfnisse, indem es als Leitfaden dient, um in der labyrinthartig anschwellenden Masse von Handbüchern, Commentaren und Zeitschriften über das Handelsgesetzbuch ohne allzu große Mühe und übermäßigen Zeitaufwand sich zurecht zu finden.

Das Repertorium, welches sich auf das Handelsrecht im e. S. (Art. 1—431) beschränkt, stellt zu dem Text der einzelnen Artikel die gesammte, bis zum August 1867 erschienene Literatur in möglichster Objektivität zusammen, indem es die einschlagenden Ansichten der Autoren und Gerichte kurz referirt und bildet so eine vollständige Sammlung von Citaten zur Erleichterung der Uebersicht der Literatur.

Die künftige Literatur soll in Ergänzungsheften gesammelt werden.

In dieser Beziehung möchte der Wunsch am Platze sein, das ganze Repertorium etwa von 5 zu 5 Jahren nach dem neusten Stande der Literatur umgearbeitet erhalten zu können, damit nicht ähnlich wie bei Seufferts Archiv bei Benützung desselben und der Ergänzungen die Mühe des Nachschlagens vermehrt und dessen Resultat erschwert werde. Ohne Opfer wird sich die vorgeschlagene Einrichtung nicht herstellen lassen, aber es ist zu hoffen, daß das deutsche Publikum durch lebhafte Betheiligung an dem gemeinnützigen Werke diese Opfer ausgleichen wird. Red.

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Mai 1868. No. 4.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 4.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Mai 1868.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Donnerstag den 7. Mai.	
20	v. Ingelheim gegen v. Ingelheim. — Urkundenherausgabe.	Zutt. — Wallau.
15	Freiburg gegen Centralverein für Rettung verwahrloster Kinder. — Forderung.	v. Engelberg. — Eſſer.
	Dienstag den 12. Mai.	
158	Sillmann gegen Sillmann. — Erbtheilung.	Fürst. — Eſſer.
11	Zimmern gegen Stumpf. — Forderung.	Gentil. — Schulz.
	Donnerstag den 14. Mai.	
24	Heitzmann gegen Halter. — Theilung.	Geißmar. — Burger.
	Dienstag den 19. Mai.	
23	Eggert gegen Joos. — Richtigkeit eines Vergleichs.	Eller. — v. Engelberg.
26	Hund gegen von Neuenstein. — Pachtvertrag.	v. Engelberg. — Hink.
	Dienstag den 26. Mai.	
22	Hilbiber gegen Zivi. — Zahlungsanerkennung.	Bertheau. — Eſſer.
17	Müller gegen Sebert. — Forderung.	Seldner. — Eſſer.
	Donnerstag den 28. Mai.	
9	Wangler gegen Simonswald. — Erbschaftsherausgabe.	Eller. — v. Wänker.
21	Wahl gegen Treiber. — Forderung.	Grimm.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 6.

42.

Aus dem Gebiete des Handelsrechts.

Fixgeschäft oder keines?

H.G.B. Art. 357 in Vergleichung mit Art. 354—356.

Die angedeutete Frage hat nach dem allgemeinen d. Handelsgesetzbuch eine große Bedeutung [1]), indem dieses Gesetzbuch nicht nur Lieferungsgeschäfte mit genau festbestimmter Lieferungszeit (Fixgeschäfte), von Lieferungsgeschäften ohne streng feste Zeitbestimmung entschiedener und schärfer, als das frühere Recht scheidet, sondern auch beiderlei Geschäfte in Bezug auf die dem Verkäufer und Käufer durch den Verzug des anderen Theils erwachsenden Rechte, namentlich in Bezug auf die hiebei zu beobachtenden Vorschriften, wesentlich verschieden, ja theilweise selbst in völlig entgegengesetzter Weise behandelt.

Art. 354—358 des H.G.B.

Für beiderlei Lieferungsgeschäfte ist dem Verkäufer, wenn der Käufer vor erfolgter Uebergabe der Waare mit der Zahlung des Kaufpreises, und dem Käufer, wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare in Verzug ist, allerdings im Ganzen in ähnlicher Weise die Wahl zwischen drei zur Abhilfe führenden gesetzlichen Wegen freigestellt. Diese drei Wege sind:

1) Das Recht, die wirkliche Erfüllung nebst Schadenserſatz wegen verspäteter Erfüllung noch zu verlangen,
2) das Recht, statt der wirklichen Erfüllung deren Surrogat, nämlich Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern (was den fordernden Verkäufer betrifft, in Verbindung mit dem Recht der Selbsthilfe durch Verkauf der Waare gemäß Art. 343),
3) das Recht vom Vertrag ganz abzugehen, als ob derselbe gar nicht geschlossen wäre, also ohne Anspruch auf Schadensersatz. [2])

Art. 354. 355 357 des H.G.B.

Dagegen begründet Art. 356, Art. 357 in seinen drei Absätzen, auch Art. 358 sehr wesentliche Unterschiede in Bezug auf die Art und Weise der Geltendmachung der aufgeführten dreierlei Rechte.

Wenn jene dreierlei Rechte, so wie sie im Gesetz geregelt sind, schon an sich und nach dem Zeugniß einer nicht mehr jungen Erfahrung der bei so einfachen und gewöhnlichen Geschäften wünschenswerthen, naturgemäßen Einfachheit entbehren [3]), so gestaltet sich die Sache in der Rechtsanwendung dadurch noch mißlicher, daß bezüglich der obenbezeichneten zwei Arten von Lieferungsgeschäften in der angedeuteten Richtung so wesentliche folgenschwere Unterschiede Statt finden. Bekanntlich wird bei den nicht als Fixgeschäfte erscheinenden Lieferungsgeschäften das Verlangen der wirklichen Erfüllung (1 oben) gesetzlich als die Regel behandelt, es muß daher das Begehren des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung (2 oben) oder das Abgehen vom Vertrag (3 oben) dem anderen Theil, unter Gewährung einer angemessenen Nachholungsfrist, sofern die Natur des Geschäfts die Fristgewährung zuläßt, besonders angezeigt werden (Art. 356), bei den Fixgeschäften dagegen gilt das Verlangen nachträglicher wirklicher Erfüllung nach Versäumung der im Zweifel als wesentlich betrachteten Frist als die Ausnahme, es ist daher das Beharren auf der wirklichen

---

[1]) Eine größere Bedeutung, als nöthig und zuträglich, darf man, gestützt auf längere Erfahrungen, wehl behaupten.

[2]) Wesentlich abweichend von der Bestimmung des L.R.S. 1184. 1610. 1611, wonach Aufhebung des Vertrags nebst Entschädigung gefordert werden kann.

[3]) Dieser Umstand findet in der verwickelten Entstehungsgeschichte der bezüglichen Bestimmungen des H.G.B. seine Erklärung. Man vergleiche die in v. Hahn's Comment. zu Art. 354 Bd. 2 S. 263—267 abgedruckten verschiedenen Entwürfe (Art. 272—276 des preußischen Entwurfes und die wesentlich abweichenden Entwürfe erster und zweiter Lesung) und die betreffenden Conferenzprotokolle selbst, s. Makower, Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen zu Art. 354 Note 37.

Erfüllung unverzüglich nach Ablauf der genau festbestimmten Zeit dem anderen Theil anzuzeigen, und es kommt die Vorschrift des Art. 356 nicht zur Anwendung (Art. 357 Abs. 1), wenn aber die zu festbestimmter Zeit zu liefernde Waare einen Markt- oder Börsenpreis hat, treten noch weitere Besonderheiten ein (Art. 357 Abs. 2 und 3). Die Nichtbeachtung der vorgezeichneten Bestimmungen hat für die Parteien mehr oder weniger bedeutende Nachtheile im Gefolge.

Da sich hienach die Rechte und Verpflichtung wesentlich verschieden gestalten, je nachdem ein Fixgeschäft zu Grunde liegt oder keines, so fällt es in die Augen, wie die Betheiligten sorglich darauf zu achten haben, Verwechslungen in dieser Hinsicht zu vermeiden, was öfters eine nicht leichte Aufgabe für sie sein kann.

In Bezug auf die Art der Entscheidung der betreffenden Frage hat sich nämlich, zumal in den Anfangsjahren der allgemeinen deutschen Handelsrechtsgesetzgebung, bisweilen eine starke Abweichung in den Ansichten verschiedener deutscher Gerichte und Rechtslehrer gezeigt.[4] Das Ermessen des Richters hat hier unverkennbar einen großen Spielraum.

Daß die kurze Andeutung, worauf sich der Art. 357 des H.G.B. bei der Kennzeichnung der Fixgeschäfte beschränkt, nicht so aufgefaßt werden darf, als müßten im Vertrag, bei Abschluß desselben, jedesmal die Worte „genau" und „festbestimmt", oder andere ganz gleich zu achtende, ausdrücklich gebraucht worden sein, sofern das Geschäft als Fixgeschäft gelten solle, kann bei näherer Prüfung nicht lange zweifelhaft bleiben, eine so beschränkte Auffassung würde dem Sinne der Gesetzgebung und dem vernunftmäßigen Auslegungsgrundsatz des Art. 278 des H.G.B. sicher sehr wenig entsprechen.

Bei der Prüfung des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins eines Fixgeschäftes hat aber der Richter, gegenüber der großen Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit der einzelnen Fälle, sein Augenmerk nicht sowohl auf die Schablone irgend einer starren Theorie, als auf die Anforderungen des Lebens und des Verkehrs, sowie auf die zu vergleichenden Umstände des besonderen Falles zu lenken.

Das Oberhofgericht hat schon in mehreren Fällen Anlaß gehabt, die Frage, um die es sich hier handelt, zu entscheiden und hat hiebei die im Folgenden näher dargelegten Grundsätze gebilligt. In der bereits in einer früheren Mittheilung[5] erwähnte Streitsache des Kaufmann's Say in Lörrach gegen die Handlung D. Frank Söhne in Mannheim, wegen Vertragserfüllung und Entschädigung, kamen diese Grundsätze zu näherer Darstellung und Entwicklung. Es hing in dieser Sache die rechtliche Entscheidung des ganzen Streites von der Lösung der mehrerwähnten Frage ab, und die Würdigung der besonderen Umstände des Falles erschien hiebei von vorzüglicher Bedeutung. Mit wesentlicher Rücksicht auf dieselben entschied sich der oberste Gerichtshof, im Einklang mit den vorderen Gerichten, zu Gunsten des Klägers für das Nichtvorhandensein eines Fixgeschäftes, wie aus den, soweit nöthig, nun mitzutheilenden Gründen zu seinem Urtheil vom 23. Januar 1868 zu entnehmen ist. Dort wird bemerkt:

Die Frage, um welche es sich hier handelt, ist jedesmal nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden, sie ist mehr thatsächlicher, als rechtlicher Natur, da das Gesetz eine nähere Begriffsbestimmung hierüber nicht gegeben hat. Es kommt hiebei, in richtiger Auffassung des Sinnes des Gesetzes, wie er sich aus den Verhandlungen der Nürnberger Conferenz entnehmen läßt und durch Rechtswissenschaft und Rechtsübung bereits im Allgemeinen festgestellt ist, namentlich nach dem in Art. 278 des H.G.B. für Auslegung von Handelsgeschäften besonders hervorgehobenen Grundsatz nicht sowohl auf die bei dem Vertrag gebrauchten Worte

[4] Es ist hier auf die schon S. 60 des l. J. dieser Blätter in Note 2 zum Aufsatz No. 31 angegebene ausgedehnte Literatur in Busch's Archiv zu verweisen.

Vergl. ferner Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 9 S. 574 und S. 577, sodann v. Hahn, Commentar zu Art. 357 des H.G.B. §. 6, Thöl, Handelsrecht §. 87. II., Endemann Handelsrecht §. 109. II.

Während man häufig der Ansicht begegnet, daß Fixgeschäfte allgemein als Ausnahme von der Regel zu behandeln seien, (Busch's Archiv Bd. 7 S. 389. 390, auch in Urtheilsgründen der badischen Gerichte fanden wir Spuren dieser Ansicht), stellt Thöl am angeführten Orte den gegentheiligen Satz auf, daß im Zweifel eine streng gewollte Pünktlichkeit anzunehmen sei. Sowohl die letztere als die erstere Ansicht kann unseres Erachtens in ihrer Allgemeinheit nicht als richtig anerkannt werden; es kommt jedesmal auf die besonderen Umstände an. Je nach den Verhältnissen kann bald jene, bald diese Unterstellung sich von vornherein als die näher liegende darstellen.

[5] Annalen des l. J. S. 60 in der schon angeführten Note.

und auf die Art der Bezeichnung der streng gemeinten festen Zeitbestimmung, als auf den erkennbar kundgegebenen Willen beider Theile, ein solches Geschäft mit genau festbestimmter Lieferungszeit abzuschließen, wesentlich an, und man muß in dieser Beziehung zugeben, daß weder die Bezeichnung einer bestimmten Stunde oder Tageszeit, oder eines bestimmt genannten Kalendertages [6]), noch der Gebrauch des Wortes genau oder ähnlicher Worte, wie präcis, fix, prompt, nicht später u drgl. als schlechthin erforderlich erscheinen.

v. Hahn, Commentar zu Art. 357 §. 6.

Endemann, Handelsrecht §. 109 II. Note 17. 18.

Thöl, Handelsrecht §. 87 II.

Ebenso ist auch im Allgemeinen nicht zu bestreiten, daß nach Umständen auch eine blose Bezeichnung nach Monaten als eine genau festgesetzte Zeitbestimmung im Sinne des Art. 357 des H.G.B. gelten kann, indem in solchem Falle der letzte Tag des betreffenden Monats, beziehungsweise der von einem Theil vertragsgemäß (durch sog. Kündigung) noch näher anzugebende feste Lieferungstag als der maßgebende Schlußtag zu betrachten ist.

v. Hahn am angeführten Orte S. 285 Note 5.

Brinckmann's Handelsrecht §. 89 Note 3.

Busch, Archiv des Handelsrechts Bd. 2 S. 411.

Es sind jedoch, zumal da, wo nicht schon durch die Art der Bezeichnung der genau einzuhaltenden festen Zeitbestimmung im Vertrage selbst, das Geschäft sich unzweifelhaft als ein Fixgeschäft kund gibt [7]), alle Umstände des Falles zu vergleichen.

Nur wenn diese Umstände zur richterlichen Ueberzeugung führen, daß beide Theile (nicht etwa blos der eine Theil) eine genaue Einhaltung der bestimmten Lieferungszeit festzusetzen Willens waren, so daß die etwaige spätere Lieferung gar nicht mehr als das vertragsgemäß zu leistende, sondern als etwas wesentlich Verschiedenes, mithin in der Regel nicht mehr Anzunehmendes [8]), erscheinen würde, ist ein Fixgeschäft als vorhanden anzusehen.

Anhaltspunkte für die Annahme eines solchen Geschäftes kann z. B. der klar ersichtliche, auf einen bestimmten Zeitpunkt beschränkte Zweck der ganzen Leistung, der Zusammenhang des Geschäftes mit einem zwischen dem einen Theil und einem Dritten geschlossenen Geschäft, welches schleunigen Vollzug erheischt und allerdings auch die Beschaffenheit der Waare, als einer starken Preisschwankungen besonders unterworfenen, darbieten. [9]) Allein jeder von diesen Umständen, insbesondere aber die Beschaffenheit der Waare, kann nicht für sich allein, und unbedingt, sondern nur in Vergleichung mit den sonstigen Umständen des Falls entscheiden.

Im vorliegenden Falle sind nun aber, wenngleich Getreide zu den, starken Preisschwankungen ausgesetzten Waaren zu rechnen ist [10]), die übrigen Umstände von der Art, daß die Entscheidung der vorderen Richter, welche das Vorhandensein eines Fixgeschäftes verneinten, sich rechtfertigt.

Wenn nämlich in dem hier in Frage stehenden Falle schon die Art der gewählten Zeitbestimmung nach Monaten und die vertragsmäßige Beziehung derselben nicht von solcher Beschaffenheit war, daß hieraus die Absicht, die Lieferung streng an einen genau bestimmten Zeitpunkt zu binden, klar hervorging oder auch nur in besonderem Grade hervorleuchtete, und wenn auch der Umstand, daß die Lieferung schon Monate früher mit einem beträchtlichen Zwischenraum der Zeit bedungen war [11]), den Schluß zuläßt, daß es auf schleunigen,

---

[6]) Vergl. Art. 327 Abs. 2, wonach bei bedungener Erfüllung auf die Mitte des Monats der fünfzehnte als Tag der Erfüllung gilt.

[7]) Auch durch ausdrückliche Beifügung der Erlöschungsklausel (cassatorische Klausel), sowie durch ausdrückliche Hinweisung auf sog. allgemeine Bedingungen für gewisse Arten von Käufen oder auf Handelsgebräuche kann das Geschäft im Vertrage sich als ein Fixgeschäft unzweifelhaft kund geben. v. Hahn, Commentar zu Art. 357 §. 6 im Eingang.

[8]) Vergl. Endemann, Handelsrecht §. 113 A. Note 45, Brinckmann, Handelsrecht §. 89 Note 1 Schluß, Thöl am angeführten Orte (§. 87. II.) auch die Motive zum preußischen Entwurf Art. 273—276.

[9]) v. Hahn am angeführten Orte „Beispiele."

[10]) Dies ist allgemein anerkannt. Neben den in vorderster Reihe zu nennenden Staatspapieren und ähnlichen Börseneffekten werden namentlich Getreide, Oel, Spiritus, auch Wein als Beispiele solcher Waaren gewöhnlich aufgeführt.

Vergl. Hahn am angeführten Ort, Endemann, Handelsrecht §. 120. I. und Note 5, Brinckmann, Handelsrecht §. 89 Note 7. und Troplong des contrats aléatoires no. 132, auch Busch's Archiv Bd. 11 S. 282.

[11]) Dieser Umstand möchte wohl für sich von geringerem Gewicht und die bezügliche Schlußfolgerung für minder sicher und zutreffend zu achten sein, weil bei Geschäften der fraglichen Art (Börsengeschäften) nicht selten auch entferntere Lieferungsfristen vorkommen.

pünktlichen Vollzug der Lieferung nicht besonders abgesehen war, so läßt sich aus der Art und Weise, wie beide Theile sich bei dem Vollzug der wirklich vollführten Oktoberlieferung verhielten, genügend erkennen, daß die Absicht beider Theile, obwohl es sich hier um eine Getreidelieferung handelte, keineswegs auf eine streng festbestimmte Zeit der Lieferung im Sinne des Gesetzes gerichtet war, indem die genannte Lieferung zum Theil erst im November vollzogen wurde. Es konnte dieses von der beklagten Handlung selbst nicht ganz beabredet werden und ergibt sich aus dem in dieser Hinsicht besonders kennzeichnenden Brief der Beklagten vom 21. November 1866 worin der 3. November als der Tag bezeichnet ist, worin der Rest der Lieferung (für Oktober) Statt fand. Der Umstand, daß nach Inhalt des Briefes selbst auch die Zinsen aus 2500 fl. erst von diesem Tage an gerechnet werden, zeigt deutlich, daß die Sache sich in der angegebenen Weise verhält, und die bezüglichen Einwendungen der Beklagten erscheinen als grundlos. Die Schlußbemerkung in eben diesem Brief, daß die Beklagte den Rest des zu gut kommenden Betrags sammt Zinsen umgehend zu erhalten erwarte u. s. w., ist nicht geeignet, den Stand der Sache wesentlich zu ändern, da die ganze Abwicklung des ersten Theils des Lieferungsgeschäftes den Charakter des Geschäftes als eines nicht streng an einen festen Zeitpunkt gebundenen, deutlich kund gibt. Was in Bezug auf den ersten Theil der Lieferung als vertragsmäßig angenommen und gebilligt worden ist, das konnte und durfte der Kläger billiger Weise auch für den zweiten Theil der Lieferung als geltend betrachten. [12])

Art. 359 des H.G.B. steht dieser Auffassung nicht entgegen und spätere, einseitige Erklärungen der Beklagten können in dieser Beziehung um so weniger von wesentlicher Bedeutung erscheinen [13]), als die ganze Handlungsweise der Beklagten, wie schon das Untergericht darlegte, die Unlust der Beklagten, den letzten Theil der Lieferung zu erfüllen und das Bestreben derselben sich thunlichst von ihrer weiteren Vertragspflicht loszumachen, deutlich genug erkennen läßt. Hätte die Beklagte die ernstliche Absicht gehabt, die weitere Vertragsverpflichtung gemäß L.R.S. 1134. 1135 in loyaler Weise zur Erfüllung zu bringen, so würde sie sich nicht, wie geschehen, benommen haben.

Hienach ist die Hauptfrage zu Gunsten des Klägers zu entscheiden. Die weitere Entscheidung ergibt sich danach, namentlich mit Rücksicht auf die dargelegte Handlungsweise der Beklagten, ohne Schwierigkeit. [14])

E. Brauer.

43.

Bei der Minderungsklage nach L.R.S. 918 tritt die in §. 103 der Pr.O. für Theilungsklagen gebotene Nothwendigkeit der Streitgenossenschaft nicht ein.

Der Erbverzicht bedarf zu seiner Wirksamkeit gegen Miterben nicht der, in L.R.S. 784 Dritten gegenüber vorgeschriebenen Beurkundung.

Zur Beschränkung des Rechtsmittels auf einzelne Theile des dem Oberappellanten ungünstigen Urtheils bedarf der Anwalt der in §. 144 der Pr.O. vorgeschriebenen Specialvollmacht nicht.

In Sachen

des Joseph Schill, des Wilhelm Schill, der Bertha Schill, jetzt Ehefrau des Peter Schott von Kiechlinsbergen, des Sylvester Schott von Hecklingen und des Sylvester Schill von Kiechlinsbergen, unter Vormundschaft des Johann Schott von da, Kläger, Appellanten, nunmehr der vier ersteren allein, Oberappellanten

gegen

Casimir Schill von Kiechlinsbergen, Beklagten, Appellaten, Oberappellaten,

Einwerfung von Schenkungen betr.

In der Klage war mit Bezug auf L.R.S. 843 das Gesuch stellt, den Beklagten als Miterben an der

---

[12]) v. Hahn bemerkt am mehrangeführten Orte: „Andererseits kann aus den Umständen, z. B. daraus, daß über den Fall der Verzögerung der Lieferung Verabredungen getroffen sind, deutlich erhellen, daß der verabredete Erfüllungstag nicht als fix gemeint war." Das Nämliche kann sich aber auch ohne eine solche vorausgegangene ausdrückliche Verabredung aus dem nachgefolgten Benehmen der Parteien in Verbindung mit den sonstigen Umständen, ergeben.

[13]) Eine blos nachsichtsweise thatsächliche Zulassung (thatsächliche Connivenz s. Endemann §. 97 Note 8) von Seiten der Beklagten konnte der Gerichtshof nach seiner Anschauung der Umstände des Falles nicht als vorhanden annehmen.

[14]) Einige besondere Streitpunkte, die nun in den Gründen noch gewürdigt werden, sind für unsere Frage von keinem Interesse.

Verlassenschaft ihres Großvaters Konrad Schill zur Einwerfung der Liegenschaften, die er von dem Erblasser gekauft, zu verurtheilen und ihn mit der vom Erblasser anerkannten Liedlohnsforderung abzuweisen, weil ihm dieser damit versteckte Schenkungen zum Nachtheil der Miterben habe zuwenden wollen.

Mit diesem Gesuch war in der Klagschrift mit Bezug auf L.R.S. 844 das weitere, den Fall des Erbverzichts Seitens des Beklagten unterstellende Gesuch verbunden, jene versteckten Schenkungen bis zur Ergänzung des Pflichttheils der Kläger zu mindern.

In der mündlichen Verhandlung wurde sodann 1) von Seiten der Kläger dem, in der Klage für den Fall des Erbantritts gestellten Gesuche mit Bezug auf L.R.S. 918 das eventuelle Gesuch um Minderung der fraglichen Schenkungen bis zum Betrag des Freitheils beigefügt; 2) Namens des Beklagten erklärt, daß derselbe auf die Erbschaft seines Großvaters verzichte.

Von der Civilkammer sind hierauf die Kläger unter Verfällung in die Kosten mit der erhobenen Klage insoweit abgewiesen worden, als sie die Einwerfung der in der Klage bezeichneten Liegenschaften und des Betrags der Liedlohnsforderung des Beklagten in die Erbmasse des † Konrad Schill von Kiechlinsbergen, sowie die Abweisung des Beklagten mit jeder Liedlohnsforderung an die Erbmasse verlangten, vorbehaltlich jedoch der den Klägern im Falle einer Pflichttheilsverletzung nach L.R.S.S. 844. 918 zustehenden Rechte; insoweit die Klage aber eventuell für den Fall des Verzichts des Beklagten auf die großväterliche Erbschaft erhoben wurde, seien Kläger mit derselben zur Zeit abzuweisen.

Die Kläger appellirten gegen dieses Urtheil; ihr Anwalt erklärte aber in der mündlichen Verhandlung vor dem Appellationssenat, daß er die Beschwerde auf das zweite eventuelle Klagbegehren beschränke, welches für den Fall der Erbantretung auf Minderung der angeblichen Schenkungen gerichtet war. Die Appellationsbeschwerde betraf hiernach das ähnliche, für den Fall des Erbverzichts gestellte, auch in diesem Fall nach L.R.S. 918 zulässige (Aubry et Rau §. 684 vor und in Note 15 T. 5 p. 573) aber zur Zeit abgewiesene, Gesuch nicht.

Die II. Instanz hat sofort, ohne in die Sache selbst einzugehen, das Urtheil der Civilkammer lediglich aus dem formellen Grunde in veränderter Fassung bestätigt, weil die Klage nach der Absicht der Kläger sich als eine Theilungsklage darstelle, eine Theilung im Wege Rechtens nur unter Mitwirkung sämmtlicher Erben geschehen könne, der mitbetheiligte Erbe Karl Schill aber weder als Kläger, noch als Beklagter in diesen Rechtsstreit hineingezogen worden sei, das Verfahren daher schon darum nicht zu Recht bestehe.

Das großh. Oberhofgericht sprach jedoch in den Entscheidungsgründen zu seinem Urtheil vom 13. November 1866 aus:

„So richtig dieser Grundsatz ist, wo es sich wesentlich um eine Theilungsklage handelt, so erscheint derselbe doch in dem vorliegenden Falle nicht anwendbar, da zunächst und vorzugsweise die Minderungsklage auf Grund des L.R.S. 918 angestellt worden ist.

Um über dieses Begehren zu erkennen, bedarf es nicht der Mitwirkung sämmtlicher Erben, ja es kann den einzelnen selbst nicht zugemuthet werden, sich hiebei in der einen oder andern Parteirolle zu betheiligen.

Hierzu kommt, daß in der Tagfahrt vom 10. November v. J. der Verzicht des Beklagten auf die vorliegende Erbschaft ausgesprochen worden ist, und der Appellationssenat wenigstens die Rechtsgültigkeit dieses Verzichts hätte prüfen sollen, bevor er den Beklagten schlechthin als Erben behandelte. Das Urtheil des Appellationssenats besteht daher auf einem nicht haltbaren Rechtsgrunde.

Die Civilkammer dagegen hat, in die Sache selbst eingehend, die Klage auf Einwerfung unter dem obengenannten Vorbehalte darum abgewiesen, weil dem Erbschaftsverzichte eine rechtliche Folge nicht beigelegt werden könne, die erhobene Erbschaftsklage aber nicht begründet — da nach der Absicht des Erblassers die Einwerfung der betreffenden Gegenstände dem Beklagten erlassen worden sei. Hiergegen kommt jedoch zu erwägen, daß Kläger in der Klage das dem Beklagten annoch zustehende Recht des Verzichts auf die großväterliche Erbschaft stillschweigend anerkannt haben, daß der Anwalt des Beklagten in des Letzteren Anwesenheit, also — wie vorauszusetzen — unter dessen Zustimmung — vor der Civilkammer diesen Verzicht ausdrücklich erklärt hat und dessen Zulässigkeit von klägerischer Seite in keiner Weise angefochten worden ist.

Hiernach war um so weniger Grund vorhanden, die Unstatthaftigkeit jenes Erbverzichts auszusprechen, als die Erbschaft von dem Beklagten bei der Vermögensaufnahme nicht in unzweideutiger Weise definitiv angetreten worden,

und ein solcher Verzicht den Miterben gegenüber wirksam ist, wenn es ihm auch an derjenigen Beurkundung gebricht, welche der L.R.S. 784 Dritten gegenüber für seine Wirksamkeit vorschreibt.

(Zachariä, frz. Civ. Recht §. 613 vor Note 13 Bd. IV. S. 84).

Nach dermaliger Sachlage muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß Beklagter die großväterliche Erbschaft nicht angetreten, sondern darauf verzichtet hat, und es erscheint schon hiernach die gegen ihn als Erben erhobene Einwerfungsklage als unbegründet.

— L.R.S. 843 — ꝛc.

Es würde daher nur das auf den Fall des Erbverzichts gestellte Klaggesuch erübrigen, welches von der Civilkammer zur Zeit abgewiesen worden ist. Gegen diese Abweisung war aber die Appellation nicht gerichtet, welche der klägerische Anwalt auf das in der Klage gestellte eventuelle Gesuch beschränkt hat und beschränken konnte, da er hierzu einer Specialvollmacht, die nach Ziff. 3 des §. 144 der Pr.O. nur zum völligen Aufgeben des Rechtsmittels vorgeschrieben ist, nicht bedurfte; überdieß muß unterstellt werden, daß jene Beschränkung der Appellationsbeschwerde nicht gegen den Willen der Kläger erklärt worden, da ein Widerruf auch in dieser Instanz nicht erfolgt ist. Jene Abweisung ist folglich in Rechtskraft übergegangen.

Die Kläger erscheinen hiernach durch die Urtheile der vordern Instanzen, so weit hiedurch das Gesuch der Klage — wenn auch aus verschiedenen Gründen — abgewiesen ist, nicht beschwert, und haben demzufolge gemäß §. 170 der Pr.O. auch die Kosten dieser Instanz zu tragen. Red.

44.

1) Kann ein Polizeierkenntniß, seit dessen Verkündung zwei Jahre verflossen sind, die Grundlage gerichtlicher Strafbarkeit bilden. §. 20 des Pol.-Str.Ges.Buchs?

2) Sind in den Fällen des §. 21 des Pol.Str.-Gesetzes für den Polizeirichter die Bestimmungen des Pol.Str.Gesetzes oder des Str.Ges.Buchs maßgebend?

Die strafrechtliche Verjährung, wie sie in §. 190 bis 202 unseres Str.Ges.Buchs festgesetzt ist, hat bekanntlich zu einer Reihe von Streitfragen Veranlassung gegeben. Nach den neuesten Entscheidungen des großh. Oberhofgerichts (Annalen XXXII. S. 273) scheint dort die Ansicht zur Herrschaft gelangt zu sein, daß durch die Verjährung die fragliche Handlung, bezw. Verurtheilung ihre strafrechtliche Bedeutung verliert, und daß daher auch alle nicht rein civilrechtlichen Folgen derselben hinwegfallen, mit Ausnahme der in §. 195 des Str.G.B. vorbehaltenen gesetzlichen Folgen erkannter Strafen und des in der früheren Verurtheilung liegenden Straferhöhungsgrundes.

In Uebereinstimmung damit hat denn auch der höchste Gerichtshof ausgesprochen, daß bei Anwendung des §. 477 des Str.G.B. der durch die Rückfallsverjährung getilgten gerichtlichen Bestrafung nicht mehr die Wirkung zugeschrieben werden könne, daß sie eine, an sich blos polizeilich strafbare Uebertretung in eine gerichtlich zu verfolgende umwandele.

Hieran knüpft sich der Schluß, daß, wenn die strafrechtliche Verjährung diese Wirkung bezüglich der gerichtlichen Straferkenntnisse ausübt, sie ihr folgerichtig um so mehr in den zahlreichen Fällen eingeräumt werden müsse, wo bereits ergangene Polizeistraferkenntnisse die Vorbedingung der gerichtlichen Strafbarkeit eines Vergehens bilden. So hat denn auch großh. Oberhofgericht schon im Jahr 1856, wo es sich um das Vergehen des §. 644 des Str.G.B. und dessen gerichtliche Aburtheilung handelte, entschieden, daß ein früher verübter Jagdfrevel des Angeschuldigten nach §. 200 des Str.G.B. nicht mehr in Betracht zu ziehen sei. (Annalen XXIV. S. 254.)

Sind schon diese Grundsätze der Ansicht gegenüber, daß die Thatsache der früheren gerichtlichen oder polizeilichen Bestrafung, wo solche die Vorbedingung der gerichtlichen Bestrafung von Vergehen bildet, durch die Verjährung nicht getilgt werde, mithin unabhängig von jedem Zeitablauf in Betracht gezogen werden müsse, nicht ohne Kampf zum Siege gelangt (erst unterm 27. Oktober 1866 hat die Rekurskammer des Kreis- und Hofgerichts Freiburg in Anklagesachen gegen Johann Baptist Bublin in St. Georgen wegen Licenzüberschreitung in diesem Sinne erkannt), so droht der §. 20 des Pol.Str.G.B. eine durch ihre Milde gefahrvolle Anwendung auf das Strafgesetz dahin zu erhalten, daß ein Polizeierkenntniß, seit dessen Verkündung zwei Jahre

verflossen sind, nicht mehr die Grundlage gerichtlicher Strafbarkeit bilden könne.

Diese Ansicht spricht z. B. *Puchelt* in seinem Commentar zum Strafgesetz (Anmerkung 3 zu §. 202, Anmerk. 5 zu §. 256, Anmerk. 7 zu §. 477 des Str.-G.B.) aus, und auch *Eisenlohr* ist derselben in seinen Zusätzen zu §. 73 und 160 des Pol.Str.G.B. beigetreten. Eine gerichtliche Entscheidung über diese Frage ist mir nicht bekannt. Doch ist anzunehmen, daß bei dem Ansehen, welches diese Commentare mit vollem Recht genießen, die in ihnen vertretene Ansicht ihre Anhänger finden wird. Ich erlaube mir daher eine entgegengesetzte Ansicht zu begründen.

Der §. 20 des Pol.Str.G.B. wurde bekanntlich auf Antrag des Abgeordneten Prestinari in Uebertragung des Grundsatzes der Rückfallsverjährung des Strafgesetzbuchs auf Polizeiübertretungen aufgenommen und zwar für die wenigen Fälle, wo das Gesetz, abgesehen von der Wiederholung als allgemeinem Straferhöhungsgrund, dieselbe ausdrücklich mit härterer Strafe bedroht.

Der §. 20 des Pol.Str.Ges. wollte also mit der Verjährung zunächst blos die durch eine vorausgegangene Polizeiübertretung bedingte schwerere *Strafe* der zur Aburtheilung gelangenden *Polizeiübertretung* gleicher Art ausschließen. (*Jolly*, Bemerk. zu §. 20 des Pol.Str.G.B.).

Es besteht hiernach ein gerader Widerstreit zwischen dem Strafgesetzbuch und dem Polizeistrafgesetzbuch nicht, vielmehr will man denselben erst schaffen dadurch, daß man *vermittelst logischer Auslegung* den §. 20 des Pol.Str.G.B. auf die Frage *ausdehnt*, wie lange Polizeistraferkenntnisse bei der Beurtheilung der dadurch bedingten *gerichtlichen Strafbarkeit* einer Handlung in Betracht zu ziehen sind. Die logische Ausdehnung kann sich nur auf den Grund des Gesetzes oder die Absicht des Gesetzgebers stützen. Ihre Gründe sind, wie die der logischen Auslegung überhaupt, *streng* zu erweisen. Ist aber an sich schon eine hierauf gebaute Auslegung des Pol.Str.G.B., welche in das Gebiet eines geschlossenen, von wesentlich verschiedenen Prinzipien ausgehenden Strafgesetzes abändernd eingreift, höchst bedenklich, so ist überdieß als sicher anzunehmen, daß der Gesetzgeber weder im Allgemeinen, noch in dem §. 20 mit dem Pol.Str.G.B. das Strafgesetzbuch abzuändern beabsichtigte. (*Jolly*, Anmerk. zu §. 21 des Pol.Str.G.B. Abs. 2).

Puchelt gibt selbst zu, daß bei der Aufnahme des §. 20 des Pol.Str.G.B. an die Fälle des Str.G.B., wo vorausgegangene Polizeistraferkenntnisse die *gerichtliche Strafbarkeit* einer Handlung begründen, nicht gedacht worden sei. Damit gibt er aber auch zu, daß der aus der *Absicht des Gesetzgebers* hergenommene Grund der ausdehnenden Auslegung des §. 20 des Pol.-Str.G.B. nicht vorhanden ist. Es läßt sich übrigens nicht unterstellen, daß man im Schooß der aus praktischen Juristen bestehenden Commission der II. Kammer jene Fälle sich nicht vergegenwärtigt haben sollte, daher die frag- und widerstandslose Adoption des vorgeschlagenen §. 20 sich vielmehr dadurch erklären, daß man sich der Beschränkung desselben *auf das Gebiet des Pol.-Str.G.B.* für sicher hielt.

Wenn nun schon nach dem absoluten Grundsatz für die Auslegung, daß nicht die Worte das Gesetz sind, sondern die Vorschrift, die der Gesetzgeber damit zu geben im Sinne hatte, selbst ein noch so klarer Wortlaut des Gesetzes sich gegen den geführten Beweis, daß der Gesetzgeber mit den fraglichen Worten einen wesentlich andern, damit nicht vereinbaren Gedanken ausdrücken wollte, nicht behaupten läßt,

> *Köstlin*, System des deutschen Strafrechts I. Bd. S. 55 u. folg.,

so kann um so weniger *gegen* die nachgewiesene Absicht des Gesetzgebers die über den Wortlaut hinausgehende Auslegung aufrecht erhalten werden.

Würde man aber auch die Absicht des Gesetzgebers für weniger klar ansehen, so scheint mir der für diese Auslegung angeführte Grund jedenfalls nicht stichhaltig zu sein, für dieselbe soll nämlich mit zwingender Nothwendigkeit §. 21 des Pol.Str.G.B. sprechen, da, wenn in den dort aufgeführten Fällen das urtheilende Polizeigericht an den §. 20 des Pol.Str.G.B. gebunden sei, es unstatthaft erschiene, daß die Polizeibehörde durch ihren Antrag auf *gerichtliche* Bestrafung den früheren Polizeierkenntnissen eine Wirkung verschaffe, die sie in ihrer eigentlichen Sphäre gemäß §. 20 des Pol.Str.G.B. nicht haben sollen. Allein von denjenigen Vergehen, welche *auf Antrag der Polizeibehörde* gerichtlich verfolgt werden, sind nur die, in §. 255 Ziff. 2. 256. 370 und 639 des Str.G.B. vorgesehenen von vorausgegangenen polizeilichen Straferkenntnissen abhängig gemacht. Von diesen Vergehen, insofern sie zugleich polizeilich strafbar sind, ist aber nach §. 81. 73 und 65 des

Pol.Str.G.B. nur das des §. 370 des Str.G.B. vergl. mit §. 73 des Pol.Str.G.B. und das des §. 639 vergl. mit §. 65 und 67 des Pol.Str.G.B. im Falle der Wiederholung mit härterer Strafe im Sinne des §. 20 des Pol.Str.G.B., d. h. mit, zu der Gefängnißstrafe bis zu 4 Wochen hinzutretender Straffschärfung bedroht, während bei den übrigen die Wiederholung nur als Strafausmessungsgrund gilt, welcher durch die Verjährung des §. 20 des Pol.Str.G.B. nicht aufgehoben wird.

Was nun die in §. 639 des Str.G.B., 65 und 67 des Pol.Str.G.B. aufgeführte Landstreicherei betrifft, so ist die Wirksamkeit der polizeilichen Erkenntnisse auch für das dritte rückwärts liegende Jahr durch die ausdrückliche Bestimmung des §. 639 des Str.G.B. gesichert, da nach bekannten Grundsätzen, wenn die polizeiliche Verjährung auch an die Stelle der strafrechtlichen Verjährung bezüglich der fraglichen Polizeierkenntnisse treten sollte, doch damit nicht die von der Verjährung unabhängige ausnahmsweise Zeitbestimmung im §. 639 des Str.G.B. berührt würde. Es bliebe daher nur das Vergehen des §. 370 des Str.G.B. vergl. mit §. 73 des Pol.Str.G.B., bei welchem sich jene Anomalie ergeben könnte. Solche wäre aber den tief einschneidenden Aenderungen in dem Strafgesetz gegenüber, welche durch die ausdehnende Auslegung des §. 20 des Pol.Str.G.B. geschaffen würden, nicht in Anschlag zu bringen. Dieselbe beruht übrigens zudem, wie mir scheint, auf einer irrigen Auffassung des §. 21 des Pol.Str.G.B. Denn dieser §. setzt den Thatbestand der gerichtlich strafbaren Vergehen voraus. Es hat daher schon die Polizeibehörde den Thatbestand nach dem Strafgesetz zu prüfen und zu erwägen, ob sie das gerichtlich strafbare Vergehen gerichtlich oder polizeilich verfolgen will. Allein auch das Polizeigericht hat die Bestimmungen des Strafgesetzes bezüglich des Thatbestandes und der Strafe in das Auge zu fassen. Denn dasselbe soll prüfen, ob eine höhere als die im §. 6 des Pol.Str.G.B. bestimmte Strafe, d. h. als 4 Wochen Gefängniß oder 100 fl. Geldstrafe begründet sei, da nur verneinenden Falls die Aburtheilung des gerichtlich strafbaren Vergehens als Polizeiübertretung statthaft ist.

Das Pol.Str.G. hat nun nur bei einem Polizeivergehen eine höhere Freiheitsstrafe und nur bei 4 höhere Geldstrafen gedroht und gerade diese Vergehen gehören nicht zu den in §. 21 des Pol.Str.G.B. bezeichneten (§. 80. 90. 116 und 135 des Pol.Str.G.B.).

Es wäre daher eine solche Prüfung gar nie möglich, wenn sie auf Grund der Bestimmungen des Pol.Str.G.B. zu erfolgen hätte. Denn diese Bestimmungen würden nie eine höhere Strafe als die in § 6 d. Pol.Str.G.B. angegebene zulassen. Ein allgemeines, an keine gesetzliche Vorschrift gebundenes Ermessen konnte aber der Gesetzgeber dem Polizeirichter in §. 21 d. Pol.Str.G.B. nicht einräumen wollen. Der Polizeirichter kann also nur innerhalb des, durch das Strafgesetz gegebenen Strafrahmens prüfen, welche Strafe im konkreten Fall zu erkennen ist, und für den Fall, daß sie 4 Wochen Amtsgefängniß nicht übersteigt, die polizeiliche Aburtheilung vornehmen. Das Polizeigericht kommt mithin gar nicht in die Lage, den §. 20 des Pol.Str.G.B. anzuwenden, da es den Thatbestand des im §. 21 bezeichneten gerichtlichen Vergehens einschließlich der hiezu gehörigen, früheren polizeilichen Bestrafungen nach dem Strafgesetz zu beurtheilen und die Strafe nicht nach der polizeilichen Strafbestimmung in Verbindung mit §. 20 des Pol.Str.G.B., sondern gleichfalls nach dem Strafgesetz zu bemessen hat. Es ist somit nicht richtig, daß das urtheilende Gericht an den §. 20 des Pol.Str.G.B. gebunden ist, und daß die Polizeibehörde durch ihren Antrag auf gerichtliche Bestrafung den früheren Polizeierkenntnissen eine Wirkung verschaffe, die sie in ihrer eigentlichen Sphäre gemäß §. 20 des Pol.Str.G.B. nicht haben sollen.

Ob auch die übrigen, dem Beschuldigten günstigeren, allgemeinen Bestimmungen des Pol.Str.G.B., z. B. Straflosigkeit des Versuchs, der Beihilfe, die 6 monatliche Verjährung u. s. w. im Fall des §. 21 des Pol.Str.G.B. zu berücksichtigen sind, Jolly (Abs. 3 zu §. 21), ist eine andere Frage. Ich möchte sie verneinen. Denn wenn man die Polizeibehörde ermächtigt, aus Zweckmäßigkeitsgründen und zu Gunsten des Beschuldigten eine gerichtlich strafbare Handlung polizeilich zu verfolgen, so darf man sie nicht dadurch, daß man ihr nur die Alternative zwischen gerichtlicher Verfolgung und Unterlassung jeder Bestrafung gibt, gerade in den mildern Fällen zur gerichtlichen Strafverfolgung nöthigen. Allerdings würde dann die Bedeutung des §. 21 des Pol.Str.G.B., abgesehen von dem etwaigen Unterschied, welchen die gerichtliche oder polizeiliche Aburthei-

lung bezüglich ihrer Folgen begründet, zu einer vorzugsweise formalen.

v. Hillern.

43.

Hat der von dem Gemeinderath zum Behuf der Ausfertigung des Kaufbriefs ausgestellte Grundbuchsauszug (§. 13 der Gewährbücherinstruction) dieselbe Wirkung zum Nachtheil der darin ausgelassenen Vorzugs- und Unterpfandsgläubiger, wie das in L.R.S. 2198 bezeichnete Pfandschreibereizeugniß?

Das Unterpfandsrecht hat die doppelte Wirkung, daß es

1) ein Vorrecht auf den Erlös der von demselben erfaßten Liegenschaft nicht nur gegenüber sämmtlichen ungesicherten, sondern auch gegenüber denjenigen Gläubigern gewährt, deren Unterpfandsrecht erst von einem späteren Tage, wirksam ist. (Droit de préférence),
2) das Recht verleiht, die von ihm ergriffene Liegenschaft in jedes Dritten Hand zu verfolgen, um durch Veräußerung derselben Mittel zur Zahlung der darauf gesicherten Schuld flüssig zu machen. (Droit de suite.)

Aubry et Rau §. 283 1° et 2° tom. II. p. 843. 845.

Zu art. 2166 des C. c.:

„Les créanciers ayant privilége ou hypothèque inscrite sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués et payés, suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions."

bemerkt

Dalloz, rép. mots: Priviléges et hypothèques nro. 1698. (T. 37 p. 553):

„On ne pouvait caractériser, avec plus de précision, le double effet de l'hypothèque, droit de suite contre le tiers détenteur; droit de préférence du créancier premier inscrit sur le second."

Art. 2198 des C. c.:

„L'immeuble à l'égard duquel le conservateur aurait omis, dans ses certificats, une ou plusieurs des charges inscrites, est de même, sauf la responsabilité du conservateur, affranchi dans les mains de nouveau possesseur, pourvu qu'il ait requis le certificat depuis la transcription de son titre; sans préjudice néanmoins du droit des créanciers de se faire colloquer, suivant l'ordre qui leur appartient, tant que le prix n'a pas été payé par l'acquéreur, ou tant que l'ordre fait entre les créanciers n'a pas été homologué,"

enthält einen wesentlichen Eingriff in das unter 2 bezeichnete Recht zu Gunsten des dritten Erwerbers.

Aubry et Rau §. 293 4° t. II. p. 923.

Diese Abnormität ist hervorgerufen durch die Nothwendigkeit, das in den Art. 2183 ff. empfohlene Entlastungsverfahren zu fördern.

Nach dem C. c. diente die transcription von Liegenschaftskäufen nur zur Vorbereitung des Entledigungsverfahrens.

Dalloz, rép. mots: Priviléges et hypothèques nro. 2056. (T. 37 p. 664):

„Le premier acte à accomplir, par le tiers détenteur, pour arriver à la purge des priviléges et des hypothèques, etc. est la transcription de son contrat sur les registres du conservateur etc."

Nro. 2060:

„La transcription, sous le Code Napoléon*), était une formalité assez insignifiante; elle n'était, dit Grenier t. 2 nro. 352: „que le dépôt matériel, sur les registres du conservateur, de la copie de l'acte translatif de propriété, dans le seul but de préparer la purgation des hypothèques."

Wenn der neue Erwerber das mit der Transcription seines Titels begonnene Befreiungsverfahren durch Nachsuchung eines Zeugnisses über die, auf die erworbenen Liegenschaften eingetragenen Vorzugs- und Unterpfandsrechte fortsetzt und in diesem Zeugnisse ein Irrthum

*) Durch den Code de procédure und das Gesetz vom 23. März 1855, Art. 3, hat die Transcription eine, wie bei uns, weiter gehende Bedeutung gewonnen.

unterläuft, so muß entweder der neue Erwerber oder der betreffende Gläubiger dessen Folgen tragen.

Das Gesetz hat bei dieser Collision im Interesse des Verkehrs und in strenger Durchführung des Systems der Entlastung für den Erwerber der Liegenschaft entschieden.

Dalloz, l. cit. nro. 2089 p. 675:

„Cette déchéance, que la loi prononce contre le créancier, dont l'inscription à été omise dans les certificats du conservateur, était une necessité et la conséquence du principe admis par elle, que le tiers détenteur est toujours le maître d'affranchir sa propriété, en recourant à la purge des hypothèques. Sans cette déchéance, l'acquéreur n'eût jamais pu se libérer, avec sécurité, du prix de son acquisition, dès qu'il fût demeuré perpétuellement exposé au recours d'un créancier qu'il n'aurait pu faire participer à la distribution du prix, par cela même qu'il n'aurait pas trouvé son nom mentionné dans l'état des inscriptions."

Troplong, l. cit. nro. 1004:

„Un immeuble vient d'être vendu. L'acquereur veut le purger des hypothèques et privilèges. Il commence par faire transcrire; puis, afin de faire la notification conformément à ce qui est prescrit par l'art. 2183, il se fait donner un certificat des inscriptions, qui lui est nécessaire.

Si le conservateur omet l'une des créances inscrites, l'acquéreur est dans l'impossibilité de remplir à son régard les formalités du purgement. Ici la loi avait à choisir: ou elle pouvait ordonner que la procédure en purgement ne nuirait pas au créancier omis et non appelé, ou elle pouvait décider que l'omission profiterait à l'acquéreur, qui serait dispensé de remplir de nouvelles formalités. Elle s'est prononcée pour ce dernier parti. L'avantage qu'il y a à dégager les propriétés des hypothèques qui les grèvent et à rendre par conséquent leur circulation plus facile, a fait décider que l'immeuble passerait entre les mains de l'acquéreur franc et quitte des charges omises dans le certificat."

Brauer a. a. O. S. 241, bemerkt:

„Abweichend vom gewöhnlichen Rechtsgang ist es, daß durch eine Auslassung in diesem Zeugniß ein eingeschriebener Gläubiger sein Pfandrecht verliert. Die französische Gesetzgebung glaubte, und nicht ohne Grund, mehr den Käufer, als den Pfandgläubiger hier begünstigen zu müssen, weil, wenn der Rückgriff auf den Pfandschreiber zum Schadensersatz nicht ergiebig ist, Einer von beiden im Schaden bleiben muß."

Auch

Bekk a. a. O. S. 209,

betont unter Hinweisung auf Maleville's Einleitung zum 18. Titel des 3. Buchs und Erläuterung zu Art. 2198, ferner auf L.R.S. 2182, dies sei gegen den gewöhnlichen Rechtsgang, wornach sonst ein späterer Erwerb dem früheren Recht eines Dritten nicht im Wege stehe, fügt aber erläuternd hinzu:

„Die Gesetzgeber hielten dafür, daß in dem angegebenen Falle, wo einer der beiden, entweder der Pfandgläubiger oder der neue Erwerber (vorbehaltlich des oft unergiebigen Rückgriffs auf die Pfandschreiberei), den Schaden leiden müsse, der Letztere, nämlich der neue Erwerber, mehr zu begünstigen sei."

Jenes ersterwähnte Recht erlischt durch die Auslassung im Zeugniß sofort, so daß der neue Erwerber der Liegenschaft, auf welche das in dem Zeugniß ausgelassene Unterpfandsrecht eingetragen war, bezüglich dieses das in L.R.S. 2183 und 2184 vorgeschriebene Entledigungsverfahren nicht erst noch einzuleiten hat.

Aubry et Rau §. 293 4° t. II. p. 923.

Auch Bekk, über die dinglichen Rechte an Liegenschaften, spricht in §. 85 S. 208 hiervon:

„Der dritte Besitzer erlangt die Freiheit gegen eingetragene Gläubiger nicht nur durch das in den S. 2183 ff. vorgeschriebene Verfahren, sondern schon da, wo er, um dieses Verfahren einzuleiten, von der Pfandschreiberei ein Zeugniß darüber: welche Vorrechte eingetragen seien, ver-

langt hat, und wo alsdann in diesem Zeugniß eines oder mehrere der wirklich eingetragenen Vorrechte durch einen Betrug oder durch ein Versehen des Pfandschreibers ausgelassen wurden.

In diesem Falle verliert nämlich nach S. 2198 der in jenem Zeugniß übergegangene Eintrag gegen den dritten Besitzer seine Kraft."

Durch die Auslassung verliert folglich der Unterpfandsgläubiger auch das Ueberbietungsrecht. (L.R.S. 2185.)

Zachariä §. 294 Note 21 Bd. II. S. 201.

Troplong, l. cit. Note 2 zu No. 932 6°,

beruft sich in letzterer Beziehung auf

Persil, rég. hyp. art. 2185 nro. 6,

wo dieser Schriftsteller sich dahin ausspricht:

„L'acquéreur etc. a pu payer la totalité du prix au vendeur, si le conservateur lui a délivré un certificat négatif, ou au moins ne garder en ses mains que de quoi payer les hypothèques qu'on lui a déclaré être inscrites. Venir ensuite le troubler dans sa possession pour des hypothèques omises, c'est trahir sa confiance, c'est faire retomber sur lui une omission que la loi elle-même a mise à la charge du créancier."

Dabei betonen aber diese Schriftsteller den Unterschied zwischen der Wirkung des nach der Transcription geforderten und des vorher verlangten Zeugnisses.

Dalloz, l. cit. nro. 2090 p. 675:

„Il faut remarquer ces expressions: pourvu qu'il ait requis le certificat depuis la transcription de son titre: ce n'est donc que dans ce cas-là seul que l'immeuble se trouve affranchi, dans les mains du tiers acquéreur, de l'inscription omise. Mais si le certificat avait été demandé avant la transcription, l'omission d'une ou de plusieurs inscriptions, dit M. Persil, rég. hyp. art. 2198 nro. 1 ne changerait pas de sort des créanciers, et leur hypothèque subsisterait dans le même état, sauf le recours de l'acquéreur contre le conservateur, qui, par sa négligence, l'aurait induit en erreur. Pourquoi cette distinction? C'est parce que, dans le premier cas, le tiers détenteur, en faisant transcrire son titre, annonce son intention de purger les hypothèques et qu'il faut bien que la loi lui assure l'entier affranchissement de son immeuble, du moment qu'il se soumet à remplir toutes les formalités qui sont prescrites pour arriver à ce but; au lieu que, dans le second cas, l'etat des inscriptions étant requis à toute autre fin que celle d'obtenir la libération de l'immeuble, il n'y a aucun motif de faire profiter le tiers détenteur des inadvertances échappées au conservateur."

Nro. 2091:

„Il y a été jugé ainsi: que l'immeuble, à l'égard duquel le conservateur a omis, dans ses certificats, une ou plusieurs des charges inscrites, n'en demeure affranchi, dans les mains du nouveau possesseur, aux termes de l'art. 2198 c. n. que dans le cas où ce dernier veut purger l'immeuble par lui acquis, et remplit les formalités prescrites à cet effet: si l'acquéreur ne remplit pas ces formalités, il ne peut se libérer de son prix, au préjudice du créancier dont l'inscription a été omise dans l'état délivré par le conservateur."

Troplong bemerkt hierzu in seinem Commentaire des priviléges et hypothèques nro. 1004:

„Notre article etc. dinstingue le cas où le certificat a été requis depuis la transcription de celui où ce certificat a été requis auparavant."

Nro. 1006:

„Si l'acquéreur a requis son certificat avant la transcription, alors l'immeuble ne demeure pas affranchi et purgé des créances omises dans le certificat." *)

Auch

Tarrible, Répert. vo. transcription p. 137,

beschränkt die Wirkung des art. 2198 auf den Fall, wo das Zeugniß erst nach der, das Entledigungsverfahren einleitenden Transcription verlangt worden ist:

„Il est permis de présumer que le législateur

---

*) Doch führt hier unter Note 4 der belgische Herausgeber ein Brüßler Urtheil vom 18. Dezember 1824 an, worin nach der entgegengesetzten Ansicht erkannt ist.

a voulu balancer l'intérêt du créancier dont l'inscription a été omise avec celui de l'acquereur; qu'il a considéré que cette omission ne devait nuire au créancier qu'autant que l'acquéreur voudrait user de la faculté de purger toutes les hypothèques; et que, la volonté de l'acquéreur sur ce point ne pouvant se manifester que par la transcription, il ne fallait lui accorder le bénéfice de l'affranchissement d'une inscription omis qu'autant qu'il aurait transcrit son contrat avant de requérir le certificat ou l'état des inscriptions."

—. Das unter 1 erwähnte Vorrecht gegenüber collidirenden Gläubigern erlischt durch die Auslassung nicht.

Aubry et Rau, l. cit. und §. 283 t. II. p. 842:

„D'où il suit," bemerkt Troplong, l. cit. nro. 1004, qu'un immeuble peut être purgé à l'égard de l'acquéreur, sans que pour cela l'exstinction du droit de suite anéantisse le droit à la préférence entre créanciers etc."

Nur muß dieses Vorrecht (droit de préférence) rechtzeitig geltend gemacht werden.

L.R.S. 2198.

Zachariä §. 293 Bd. II. S. 194.

Aus der bisherigen Erörterung ergibt sich, daß in Frankreich die Wirkung des Art. 2198 nur dann zugelassen wird, wenn der Erwerber einer Liegenschaft unzweideutig zu erkennen gibt, daß er das Entlastungsverfahren einleite; wo diese Absicht nicht zu Tage tritt, bringt das zu anderen Zwecken ausgestellte Zeugniß dem darin ausgelassenen Gläubiger keinen Schaden.

In die Einfachheit und Klarheit des im französischen Rechte durch Art. 2198 geregelten Verhältnisses hat eine badische Ministerialverordnung eine noch immer klaffende Bresche mit mehr Mißverstand als Geschick geschossen.

Während Brauer in der Erläuterung zu Satz 2198 Bd. IV. S. 241 bemerkt:

„Die Gerichte haben künftig nur für frei, nämlich von Dienstbarkeiten, und eigen, nämlich des Verkäufers, zu gewähren; die dritte bisherige Gewährungspflicht für ledig, nämlich von Pfandlasten, gebt sie nun nichts mehr an, sondern der Käufer, der sich vorsehen will, muß den Kaufschilling von Liegenschaften eher nicht zahlen, bis er weiß, daß keine Pfandlasten darauf haften; zu diesem Ende muß er nach der Eintragung des Kaufs zum Grundbuch dort Zeugniß darüber erheben, und dieses der Pfandschreiberei zur Vormerkung übergeben. Von diesem Augenblicke an hört das Recht auf, unter dem Namen des Verkäufers Pfandrechte einschreiben zu lassen, der Pfandschreiber kann also nun das sichere Zeugniß über ledig und nichtledigsein geben."

Dieser ganz correcten Anschauung schnurstracks zuwider ist durch §. 3 der Gewährbücherinstruktion vom 9. Januar 1824 in bureaukratisch fürsorglicher Weisheit dem Ortsgericht aufgegeben:

„3) Endlich „ist sich" aus den Pfandbüchern, Lagerbüchern, Theilzetteln, Kaufbriefen, Eheverträgen und andern Urkunden genau davon zu überzeugen, ob 2c. hauptsächlich aber ob und mit welchen Vorzugs- und Pfandlasten sie (die zu veräußernden Liegenschaften) beladen sind. Von allen diesen Verhältnissen muß im Eintrag Erwähnung geschehen 2c."

Ferner wird in §. 13 derselben Instruktion vorgeschrieben:

„Von allen Einträgen über Liegenschaftserwerbungen müssen den Interessenten auf Verlangen Auszüge gegeben werden; von allen Einträgen über Käufe und Tausche aber werden diese Auszüge zum Behuf der förmlichen Ausfertigung, auch ohne ihr Verlangen, an das Amtsrevisorat eingeschickt. Diese Auszüge (Kopeien) sind genau nach den beigehenden Formularien (III. und IV.) zu fertigen 2c."

Nun enthalten beide Formularien III. unter Ziff. 8 die Frage:

„Haften auf den verkauften (vertauschten) Liegenschaften Vorzugs- oder Pfandlasten? an wen? für wie viel Kapital und Zins? wie wird der Gläubiger befriedigt?"

Dieser Instruktion, wie der am 7. September 1822 für die Pfandschreibereien erlassenen, hält aber Bekk, eine gewiß nicht zu verachtende Autorität, a. a. O. §. 64 S. 154 und §. 51 S. 99 entgegen, sie sei weder von der gesetzgebenden Gewalt ausgegangen, noch als Gesetz publicirt, sie könne also die Rechte der Gläubiger und Schuldner nicht bestimmen; er verneint deßhalb die Frage, ob bei der ortsgerichtlichen Gewährung (dem Eintrag eines Kaufs 2c., Vertrags zum Grundbuch) auch die im Pfandbuche auf das veräußerte Gut eingetragenen

Unterpfands- und Vorzugsrechte untersucht und angegeben werden müssen, „obgleich die oben erwähnte Instruktion des großh. Ministeriums des Innern vom Jahr 1824 sie bejahend entscheidet, welche aber als nicht vom Gesetzgeber ausgegangen, den gesetzlichen Zustand nicht abändern kann."

Zur Begründung dieser seiner Ansicht führt er aus:

„1) Die Gewährung ist kein eigener äußerlicher Akt, sondern sie liegt in der Eintragung selbst, und diese ist der Ausdruck derselben.

Nun ist aber nirgends vorgeschrieben, daß auch Pfandrechte im Grundbuch aufzuführen seien, was doch der Fall wäre, wenn dieselben bei der Gewährung angegeben würden.

Nur die sächlichen Rechte an Liegenschaften werden in das Grundbuch eingetragen, nicht aber auch die sachartigen, nämlich die Unterpfands- und Vorzugsrechte, wofern letztere nicht, wie es beim Kaufschilling (Satz 2108) und Erbauslösungsgeld (Satz 2109) der Fall ist, von einem Eigenthumsübergang herrühren; — daher kommen auch bei der Gewährung der einzutragenden Rechte wieder nur die verschiedenartigen sächlichen Rechte am nämlichen Gute zur Berücksichtigung.

2) Das 8. Kapitel des 18. Titels vom III. Buche (Sätze 2181—2195) hat dem neuen Erwerber schon einen besondern Weg vorgezeichnet, um von seinem neu erworbenen Gute auch die Pfandlasten kennen zu lernen und selbes davon frei zu machen, welcher Vorschrift es wohl nicht bedurft hätte, wenn durch den Grundbuchseintrag diese Lasten schon an den Tag kämen.

Der Erwerber hat nämlich nach Satz 2198 erst nach der Eintragung in das Grundbuch ein Zeugniß der Pfandschreiberei (nicht des Grundbuchführers) darüber:

> welche Pfandlasten auf das von ihm erworbene Gut im Pfandbuche eingetragen seien, —

nachzusuchen, und darauf den Eingetragenen die im S. 2183 vorgeschriebene Anzeige zu machen. Da diese besondere Nachsuchung des Pfandbuchauszugs erst nach dem Eintrage ins Grundbuch zu geschehen hat, so ist klar, daß die Pfandlasten nicht schon aus diesem Eintrage, oder, was dasselbe ist, aus der Gewährung selbst zur Kenntniß des neuen Erwerbers kommen.

3) Auch nach dem Zusatz 2181 a soll die Eintragung in das Grundbuch nur dasjenige enthalten, was der erste Abschnitt des Satzes 2127 a erwähnt, nämlich ob und unter welchen

> „auflösenden Bedingungen oder sonstigen Beschränkungen"

der Titelgeber selbst das Eigenthum besitze.

Daß aber unter diesen Beschränkungen keine Pfandlasten verstanden seien, geht schon aus dem zweiten Abschnitte des nämlichen Satzes 2127 a hervor, da dort zu einer Pfandverschreibung noch neben dem Grundbuchsauszuge über des Besitzers Eigenthumsrecht und dessen Beschränkungen ein weiterer Auszug aus dem Pfandbuche über die darauf schon haftenden Vorzugs- und Unterpfandsrechte gefordert wird.

Hiernach hat der Eintrag ins Grundbuch oder die ortsgerichtliche Gewährung mit den Pfandlasten nichts zu schaffen 2c."

Gegen diese Ansicht, welche auch in

Annalen XX. S. 128.
XXII. S. 137. 164. 197. 351. 358.
XXIV. S. 190.
XXVIII. S. 209.
Jahrb. n. F. XIII. No. LVI. S. 434 ff.

vertreten ist, ward jedoch schon vielfach erkannt, und — wofür namentlich Oberhofgerichtsrath Dr. Zentner eiferte — der Inhalt des dem Käufer von Amtswegen zugestellten Kaufbriefs dem von ihm zum Zweck der Befreiung der erworbenen Liegenschaft verlangten Pfandbuchsauszug völlig gleich gestellt.

Magazin Bd. III. S. 222.
Annalen XX. S. 55. 84.
XXI. S. 59.
XXII. S. 107. 166.
XXIII. S. 17.
XXV. S. 87. 88 Ziff. VII.

In einem neueren Falle:

In Sachen
des Lukas Harter von Kinzigthal, Klägers, Appellaten, Oberappellanten
gegen
Samuel Weil von Schmieheim, Beklagten, Appellanten, Oberappellaten,
Forderung, bezw. Abtretung von Unterpfändern betr.,

kam diese Streitfrage bei großherzogl. Oberhofgericht wieder zur Entscheidung.

Kläger, welcher für eine Forderung von 900 fl. und Zins zu 5 % vom 9. August 1858 an Georg Winterer — gerichtliche Einweisung in dessen Gutskaufpreisforderung an Georg Schillinger erwirkt hatte, machte dieselbe gegen den Beklagten, als jetzigen Inhaber des Guts, nach L.R.S. 2166 geltend.

Der Kauf des Schillinger ist zum Grundbuch eingetragen.

Der Beklagte hielt aber der Klage die Einrede entgegen, daß er die in dem Kaufbriefe und der Verweisung ihm bezeichneten Gläubiger, worunter der Cedent des Klägers nicht aufgenommen gewesen sei, befriedigt und den Rest des Kaufpreises an den Verkäufer bezahlt habe.

In der I. Instanz wurde nach der ersterwähnten Ansicht durch Urtheil der Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg vom 20. Februar 1867 No. 844 erkannt:

„Der Beklagte sei, unter Verfällung in die Kosten des Rechtsstreits, schuldig, die Summe von 900 fl. nebst 4 % Zins vom 9. August v. J. innerhalb 14 Tagen bei Vollstreckungsvermeiden an Kläger zu bezahlen oder aber von dem in der Klage beschriebenen Hofgute ohne Vorbehalt abzutreten." —

Allein in II. Instanz, wo man von der zweiten entgegengesetzten Ansicht ausging, wurde durch abänderndes Urtheil des Appellationssenats desselben Gerichtshofs vom 7. Mai 1867 Nr. 2079 Kläger, unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen, mit der erhobenen Klage abgewiesen. Auf die vom Kläger ergriffene Oberappellation bestätigte das großh. Oberhofgericht am 16. Januar 1868 das Urtheil des Appellationssenats des großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg, unter Verfällung des Klägers in die Kosten auch der dritten Instanz, indem die Majorität an der Ansicht festhielt, welche früher in den Annalen von 1856 und 1858 mitgetheilten Urtheilen zu Grund gelegt worden war.

Entscheidungsgründe.

Was zunächst die Vorfrage betrifft, ob der Rechtsfolger verpflichtet ist, seinen Eintritt in ein Vorzugsrecht durch besonderen Eintrag zu wahren, so ist diese Frage von den beiden vorderen Instanzen nach L.R.S. 1692 und 2112 mit Recht verneint worden, der Kläger daher als legitimirt anzusehen.

Was die Hauptsache anlangt, so ist die Abweisung der erhobenen Pfandklage durch die Erwägung gerechtfertigt, daß in dem Auszug, welchen das Gewähr- und Pfandgericht zufolge §. 13 der Instruktion über Führung der Grundbücher vom Jahr 1824 behufs Fertigung des Kaufbriefs an das (Amtsrevisorat) Amtsgericht einzusenden hatte, das durch Eintrag zum Grundbuch nach Vorschrift des L.R.S. 2108 gewahrte Vorzugsrecht des Georg Winterer für den Kaufpreis ausgelassen, mithin gegenüber dem Beklagten, als Erwerber der fraglichen Liegenschaft, zufolge L.R.S. 2198 erloschen ist.

Es ist zwar bestritten, daß dieser L.R.S., welcher von Zeugnissen spricht, die der neue Erwerber „nachgesucht" hat, auch auf die in §. 13 jener Instruktion vorgeschriebenen Auszüge anwendbar sei; der Gerichtshof ist aber in seinen neuesten von dem Appellationssenat angeführten Entscheidungen jeweils von der Ansicht ausgegangen, daß die Auslassung eines eingetragenen Vorzugs- oder Unterpfandsrechts in einem nach Vorschrift des oben erwähnten §. 13 von Amtswegen ausgestellten Zeugnisse des Gewähr- und Pfandgerichts, die gleiche, wie die in L.R.S. 2198 einem nachgesuchten Zeugnisse beigelegte, Wirkung äußere.

Hiefür sprechen überwiegende aus dem Zwecke des Gesetzes entnommene Gründe. Der Erwerber einer Liegenschaft ist nämlich durch sein Interesse veranlaßt, dahin zu wirken, daß der von ihm zu zahlende Kaufpreis vor Allem zur Entlastung dieser Liegenschaft von etwa darauf ruhenden Vorzugs- und Pfandlasten verwendet und diese dadurch von solchen, seinen ruhigen Besitz gefährdenden, fremden Rechten befreit werde. Ist nun ein eingetragenes Vorzugs- oder Unterpfandsrecht in der Beurkundung der, zur Ausstellung eines solchen Akts berufenen, Behörde ausgelassen, so steht dem Rechte des durch diese Auslassung getäuschten Käufers das im L.R.S. 2166 begründete Recht des in dem Zeugniß übergangenen Vorzugs- und Pfandgläubigers gegenüber, die seiner Forderung verhaftete Liegenschaft in dritter Hand zu verfolgen.

Für den Fall einer solchen Collision hat nun aber L.R.S. 2198 im Interesse des Verkehrs das Recht des Käufers, vorzugsweise vor demjenigen des Gläubigers in Schutz genommen und Letzterem das Recht entzogen, auf

die im Besitz des Erstern befindliche Liegenschaft zu greifen.

Diese für den Fall einer solchen Collision berechnete Fürsorge des L.R.S. 2198 schlägt nun aber ebenso da ein, wenn das betreffende Zeugniß ohne Zuthun des Käufers von Amtswegen ausgestellt wurde und ausgestellt werden mußte, wie da, wo es von denselben nachgesucht war. Die an ein solches Zeugniß geknüpfte gesetzliche Folge erscheint deßhalb im ersteren Falle nicht dadurch ausgeschlossen, daß der C. c. in Art. 2198 nur des letzteren gedacht hat, indem sich dies einfach daraus erklärt, daß der erstere Fall nach französischem Rechte überhaupt nicht vorkommt. Indem so einer durch die Instruktion von 1824 herbeigeführten Thatsache — Ausstellung des Zeugnisses von Amtswegen — Rechnung getragen wird, legt man solcher keine den L.R.S. 2198 derogirende Kraft bei; es folgt hieraus nur mit Nothwendigkeit, daß man demjenigen, welcher die Beurkundung der zuständigen Behörde bereits in Händen hat, nicht wohl auferlegen kann, um dieselbe erst noch nachzusuchen.

Der Anwendung des L.R.S. 2198 steht endlich auch der Umstand nicht entgegen, daß es sich hier nicht um ein, in das Unterpfandsbuch eingetragenes Pfandrecht, sondern um ein Vorzugsrecht handelt; denn letzteres, welches in das Grundbuch eingetragen werden mußte und im vorliegenden Falle auch eingetragen war, hatte der Gemeinderath als Pfand- und Gewährgericht ebenso zu beachten, vrgl. L.R.S. 2127 a. 2181 a, Gem.O. §. 53.

Die Beschwerde des Klägers erscheint hiernach nicht als begründet und seine Verurtheilung in die Kosten durch §. 170 der Pr.O. gerechtfertigt. Red.

46.

Wahrnehmungen aus der Praxis.

Der §. 106 der Str.P.O.

nennt unter den Personen, welche das Zeugniß ablehnen können, auch „die Verlobten" der Angeklagten. Frage: Was ist ein Verlobter? Zu einer Strafkammerverhandlung war unter anderen Zeugen auch ein Bauernmädchen geladen. Auf Anfrage des Vorsitzenden, ob die Zeugen in keiner der im §. 106 der Str.P.O. erwähnten näheren Beziehungen zum Angeklagten stünden, bemerkten einige von den Erschienenen, daß jenes Mädchen schon seit längerer Zeit „Bekanntschaft" mit dem Angeklagten habe, und als deßhalb gedachte Zeugin speziell gefragt wurde, ob sie etwa mit dem Angeklagten verlobt sei, so bejahte sie dieses. Vermuthlich hatte indessen unser Landmädchen keinen rechten Begriff, wohl nicht einmal eine Kenntniß von der Existenz des quästionirten Wortes „verlobt," und verwechselte letzteres höchstwahrscheinlich mit dem ihr viel mundgerechteren, landesüblichen „verliebt," was denn der materiellen Wahrheit offenbar auch entsprach. (Im Gebiet der semitischen Sprachen sind die Vocalverwechselungen allerdings mehr gang und gäbe.) Dem sei, wie ihm wolle, so können wir jedenfalls den Beschluß nicht billigen, welchen hierauf, ohne ein Weiteres, die Strafkammer nach gepflogener Berathung faßte und verkündete, daß nämlich die Zeugin von der Zeugnißpflicht zu entbinden, beziehungsweise wenigstens nicht zu beeidigen sei, „weil" sie mit dem Angeklagten verlobt wäre. — Allerdings hatte die Zeugin die deßfallsige Frage bejaht, aber damit konnte man sich doch nicht genügen lassen? Wir kommen auf unsere obige Frage zurück: Was ist ein Verlobter? und da wird man doch nicht mit überlegtem Ernst sagen wollen, daß man es bei Landleuten nicht so genau damit nehmen dürfe, da ja diese es mit der Sache selbst auch nicht so feierlich und förmlich zu halten pflegten. Gewiß, es wäre freilich grausam, wollten wir unsere ländliche Jugend schlimmer daran sein lassen, als die städtische, und erstere fast insgesammt von der Rechtswohlthat des §. 106 ausschließen, weil es bei 99% unserer Bauern noch nicht Mode ist, Verlobungskarten herumzuschicken. Im Ernst: Das Gesetz ist für Alle gleich; vor dem Gesetze aber und also auch vor dem Richter sind nur diejenigen „Verlobte", welche den Trauschein gelöst haben. Art. 15 vergl. mit Art. 14 der Eheverordnung L.R.S. 311 a. Man kann nicht zugeben, daß es sich hier um eine reine Thatfrage handle, — für deren Beantwortung Maß und Ziel schwer zu finden wäre; höchstens kann man zugeben, daß die Bestimmung des Gesetzes zweckmäßiger anders und bezw. weitergehend gefaßt sein sollte. Eisen.

47.

In der Fischereiberechtigung ist das Recht zum Entenfang nicht enthalten.

In Sachen

des großh. Fiskus, Klägers, Appellaten, Oberappellanten

gegen

Andreas Ottmann von Wittenweier, Be-

klagten, und die Fischer von dort ꝛc. Nebeninterveuienten, Appellanten, Oberappellaten, Jagdrecht, bezw. das Recht zum Entenfang betr.

Kläger hatte — als zur Jagd auf dem Rhein und ärarischen Rheinvorland berechtigt — das von den beklagten Fischern in Anspruch genommene Recht, auf dem in der Gemarkung Wittenweier gelegenen Theile des Rheins Wildenten mit dem Schlaggarn zu fangen, bestritten.

Durch die gepflogenen Beweisverhandlungen wurde hergestellt, daß die Fischer von Wittenweier jenes Recht zum Entenfang schon vor Einführung des Landrechts durch unvordenkliche Verjährung erworben hatten; es war ihnen aber dadurch entzogen, daß das Gesetz vom 10. April 1848 im Art. 2 Ziff. 7 sämmtliche Jagd- und Fischereirechte, gleichviel welchen Ursprungs sie sein mochten, schlechthin für aufgehoben erklärte, und die Gesetze vom 2. Dezember 1850, und 29. März 1852 die Jagd auf dem Rhein und die Fischerei in diesem Fluße dem Staate zuwiesen.

Die Beklagten behaupteten nun, daß sie in Folge des Erlasses großh. Hofdomainenkammer vom 11. April 1855, wonach die Ausübung der Fischerei in dem zur Gemarkung Wittenweier gehörigen Theile des Rheines den vormals dazu Berechtigten wieder überlassen wurde, auch das in der Fischerei begriffen gewesene Recht zum Entenfang wieder erlangt hätten.

Auf die Oberappellation des klagenden Fiskus gegen das abweisende Urtheil II. Instanz wurde das Urtheil I. Instanz,

> „daß der Beklagte, sowie dessen Nebeninterveuienten nicht berechtigt seien, auf dem Rheine und ärarischen Rheinvorlande in der Gemarkung Wittenweier Wildenten mit dem Schlaggarn zu fangen, und daß sich solche jeder Zuwiderhandlung bei Vermeidung einer an das großh. Aerar zu zahlenden Geldstrafe von 20 fl. für jeden Fall zu enthalten haben, und zwar unter Verfällung des Beklagten und seiner Intervenienten in die Kosten des Rechtsstreits,“

durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 1. März 1866 aus folgenden Gründen wieder hergestellt:

ꝛc. Das Recht zum Entenfang kann nicht schon um deßwillen, weil es von den Fischereiberechtigten ausgeübt wurde, als ein in deren Fischereiberechtigung enthaltenes — nicht blos zufällig mit ihr verbundenes — angesehen werden. Mag sich auch ein Fischereirecht nicht blos auf den Fang von Fischen beschränken, sondern auch auf den Fang von andern im Wasser, oder theils im Wasser, theils auf dem Lande lebenden Thieren erstrecken, so begreift es doch der Regel nach den Fang der Wasservögel nicht in sich; der Vogelfang und darunter auch der Fang der Wasservögel wurde vielmehr von jeher nach gemeinem Rechte zur Jagd gerechnet, ohne daß dabei auf die einzelnen Arten des Fanges Rücksicht genommen wurde.

Mittermaier, „deutsches Privatrecht“ §. 216 bei Note 15.
Runde, „deutsches Privatrecht“ §. 158.
Weber, „Lehenrecht“ II. Bd. S. 289–291.
Weiske's Rechtslexikon Bd. V. S. 431.

Läßt sich daher nicht ohne Weiteres unterstellen, daß die Fischer von Wittenweier das Recht zum Entenfang nicht etwa blos neben ihrer Fischereiberechtigung, sondern als ein in dieser enthaltenes Recht erworben hatten, waren aber die Beklagten außer Stande, besondere Umstände anzuführen, aus welchen hervorginge, daß jenes Recht einen Bestandtheil der Fischereiberechtigung gebildet habe, vermochten sie namentlich nicht ein in dortiger Gegend bestandenes Gewohnheitsrecht genügend nachzuweisen, wonach — abweichend von der allgemeinen Regel — der Entenfang zur Fischerei gerechnet wurde, so kann auch nicht angenommen werden, daß sie das ihnen allerdings früher zugestandene, aber durch das Gesetz vom 10. April 1848 entzogene Recht zum Entenfang dadurch wiedererlangten, daß ihnen die großh. Hofdomainenkammer nach dem mehrerwähnten Erlaß die fernere Ausübung der Fischerei überließ.

Hiernach mußte ihnen das Recht zum Entenfang — selbstverständlich unter Vorbehalt des Entschädigungsanspruchs, welcher ihnen wegen dessen Aufhebung etwa noch zustehen mag — aberkannt, und ihre Verurtheilung in die Kosten der drei Rechtszüge nach §. 170 der Pr.O. ausgesprochen werden. Red.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 7.

48.

Rechtsfall.

1) Wie weit haftet der Unternehmer einer Aktiengesellschaft den einzelnen Aktionären?
2) Unter welchen Voraussetzungen kann die Aufhebung eines Kaufs von Aktien begehrt werden?
3) Wie ist die actio doli zu begründen?

Im Jahr 1856 wurde ein Vertrag zwischen dem Fabrikanten Gustav Köber in Mannheim und der Bank für Handel und Industrie in Darmstadt geschlossen, wonach diese von jenem die bisher unter der Firma „Köber und Cie." betriebene Kunstwollefabrik Namens einer zu errichtenden Aktiengesellschaft erwarb. Deren Direktion versprach der Verkäufer während 25 Jahre unentgeldlich zu führen: auch sicherte derselbe den Aktionären einen jährlichen Gewinn von mindestens 5 % des einbezahlten Kapitals zu, und versprach als Garantie für die Einhaltung dieser Zusicherung 50,000 fl. in Aktien zu deponiren.

Die Aktiengesellschaft trat ins Leben, ging aber trotz dieser glänzenden Aussichten nach wenigen Jahren zu Grunde.

Ein Aktionär nahm deßhalb die Bank für Handel und Industrie als Unternehmerin der fraglichen Aktiengesellschaft in Anspruch und verlangte von ihr den Ersatz der für den Erwerb der Aktien ausgelegten Summe sammt Zinsen, abzüglich der bezogenen Dividende, wurde aber mit dieser Klage, ohne daß Ladung erkannt wurde, von dem Kreisgericht Mannheim abgewiesen.

Die Entscheidungsgründe lauten:

Indem die Klage unter Andern auch darauf gestützt wird, daß die Beklagte bei dem Verkauf von Aktien der badischen Wollemanufaktur an den Kläger in betrügerischer Weise zu Werke gegangen, das Klagbegehren somit in L.R.S. 1382 a rechtlich begründet sei, erscheint nach den vorgetragenen Thatumständen Mannheim als derjenige Ort, wo die zum Thatbestand des Betrugs erforderte Vermögensbeschädigung des Klägers eingetreten ist. Hier hat das von der Beklagten angeblich beauftragte Bankhaus Wilhelm Köster und Cie. die acceptirende Antwort des Klägers auf die demselben unterm 7. Juli 1856 gemachte Offerte entgegengenommen, und ist dahier eben sowohl das der Klage zu Grunde liegende Kaufgeschäft zur Entstehung, als der vermeintlich gespielte Betrug zur Vollendung gekommen. Die hieraus nach L.R.S. 1382 a entspringende persönliche Verbindlichkeit der Beklagten zur Entschädigung, auf deren Erfüllung die Klage gerichtet ist, hat demnach Mannheim zum Entstehungsort und kann demgemäß die Zuständigkeit des diesseitigen Gerichts nach §§. 34 und 60 der Pr.O. keinem weiteren Bedenken unterliegen.

Dagegen stellt sich die erhobene Klage, was deren materiellen Gehalt betrifft, als in Rechten nicht begründet dar. Der Kläger sucht die beklagte Bank für Handel und Industrie in Darmstadt nach zwei Richtungen haftbar zu machen: einmal als Begründerin (Projektantin) der Aktiengesellschaft „Badische Wollemanufaktur Mannheim," sodann als seine Verkäuferin von Aktien der ebengedachten Gesellschaft.

Was nun die Stellung der Beklagten als der Begründerin des Unternehmens „Badische Wollemanufaktur" gegenüber dem Kläger anlangt, so hat zwischen diesen beiden Personen überall ein Vertragsverhältniß nicht bestanden. Der Vertrag mittelst dessen die Beklagte, Namens einer noch zu gründenden anonymen Gesellschaft, die ehemalige Kunstwollefabrik des Gustav Köber dahier übernommen hat, berührt den Kläger nur insoweit, als er der nachmals gegründeten Aktiengesellschaft badische Wollemanufaktur durch den Erwerb von Aktien als Gesellschaftstheilhaber beigetreten ist. In dieser Eigenschaft aber hat der Kläger nach Art. 6 der Statuten in Verbindung mit Art. 1 derselben den fraglichen Uebernahme- resp. Gründungsvertrag in allen seinen Theilen genehmigt. Der Kläger und die übrigen Aktienzeichner haben sich durch den Erwerb von Aktien die Vertragsverhandlungen der Darmstädter Bank mit Gustav Köber zu eigen gemacht und sind hierdurch vollständig an die Stelle der Ersteren getreten. Kläger

kann die Nichterfüllung der von Gustav Köber übernommenen Vertragsverbindlichkeit der Beklagten nicht entgegenhalten, weil deren Vertragsrechte von der neugegründeten Aktiengesellschaft übernommen worden und Seitens der Aktionäre durch die statutenmäßigen Organe der Gesellschaft (Art. 30 ff.) geltend zu machen waren.

Der Klaganspruch wird aber weiter darauf gestützt, daß die Beklagte als Verkäuferin der 20,000 fl. Aktien dem Käufer für die zugesagten, indeß mangelnd gewesenen Eigenschaften der verkauften Papiere Gewähr zu leisten habe.

In dieser Beziehung hat jedoch der Kläger nicht etwa behaupten können, daß ihm die Beklagte nicht in Wirklichkeit Aktien der badischen Wollemanufaktur zu Eigenthum übergeben, oder daß der vorgegebene Vertragsabschluß mit Gustav Köber, sammt allen darin enthaltenen Garantien in der That nicht bestanden habe. Der Kläger muß dies vielmehr als vollkommen richtig zugeben und damit zerfällt denn auch jedes Klagrecht gegen die beklagte Bank, wenn allenfalls durch eine Versäumniß in der Geltendmachung der Seitens des Gustav Köber übernommenen Vertragsverbindlichkeiten die Aktiengesellschaft „Badische Wollemanufaktur" und damit der Kläger selbst als Aktionär zu Schaden gekommen ist. Es ist alsdann die eigene culpa der Aktionäre, wenn sich die Aktiengesellschaft durch die von den Aktionären bestellten Gesellschaftsorgane eine Säumniß zu Schulden kommen ließ. Gegenüber der Beklagten erschien der Kläger lediglich als Käufer, welcher die versprochene Waare sammt den zugesagten Eigenschaften erhalten, dieselbe angenommen und mehrere Jahre hindurch benützt, folglich auch die Gefahr einer Werthverminderung vollständig auf sich übernommen hat. Durch das abgeschlossene Kaufgeschäft ist die gekaufte Sache in ihrem zur Zeit des Kaufabschlusses vorhandenen Bestand und mit ihrem ganzen künftigen Geschick auf den Käufer übergegangen und dieser hat nach der Natur der Sache um so mehr die Wechselfälle einer Werthschwankung zu übernehmen, als der Kaufgegenstand ein solcher war, der vermöge seiner Natur und der Absicht beider Contrahenten ein in seinem Werth schwankender war und sein sollte.

Vergl. Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht zum Lucca-Pistojastreit S. 145. 146.

Es kann hiernach davon abgesehen werden, in wiefern der fragliche Kauf durch das mehrjährige Behalten der Aktien Seitens des Klägers, durch dessen wiederholten Dividentenbezug als thatsächlich genehmigt und in wiefern die redhibitorische Klage jetzt, nach nahezu 10 Jahren gemäß L.R.S. 1648 noch statthaft erscheint.

Der Kläger begehrt endlich noch die Rescission des in Rede stehenden Kaufgeschäfts, weil er hiezu durch einen von der beklagten Bank gegen ihn gespielten Betrug veranlaßt worden sei. In dieser Richtung wird angeführt, daß die Beklagte von der Werthlosigkeit der Aktien Kenntniß besessen und namentlich auch die Unmöglichkeit einer Erfüllung der von Gustav Köber gemachten Zusage gekannt habe. Allein abgesehen von der thatsächlichen Unwahrscheinlichkeit dieses Vorbringens und der mangelhaften Circumstanziirung seiner deßfallsigen Behauptung hätte der Kläger, um der actio doli Eingang zu verschaffen, nach L.R.S. 1116 die Anwendung von Kunstgriffen durch die Beklagte behaupten und näher begründen müssen, ohne welche er selbst den Vertrag nicht eingegangen sein würde.

In dieser Beziehung ist jedoch die Klage durch keinerlei thatsächliche Anführung irgend wie begründet, vielmehr hat der Kläger nach seiner eigenen Angabe zuerst bei dem Vertreter der Beklagten, dem Banquier Köster, wegen Ablassung von Aktien angefragt und ist ihm darauf Seitens der Beklagten, außer dem Telegramm vom 7. Juli 1856 eine andere Veranlassung zum Erwerb von Aktien nicht gegeben worden. Daß aber hierin die Anwendung besonderer Kunstgriffe nicht gefunden werden kann, bedarf keiner näheren Ausführung.

Hiernach erscheint die erhobene Klage in allen ihren Theilen als rechtlich nicht begründet und mußte dieselbe deßhalb gemäß §. 262 der Pr.O. und §. 170 der Pr.O. wegen der Kosten unter Verfällung des Klägers in die Kosten als nicht stattfindend abgewiesen werden.

Auf ergriffene Appellation erging ein bestätigendes Erkenntniß aus folgenden Gründen:

Das großh. Kreisgericht dahier, Civilkammer I. hat die Klage des A. v. Eichthal gegen die Bank für Handel und Industrie in Darmstadt, wodurch gegen letztere Aufhebung eines Kaufvertrags und Zahlung einer Entschädigung von 32,000 fl. nebst Verzugszinsen in Anspruch genommen wird, durch Urtheil vom 10. Februar d. J. als nicht stattfindend zurückgewiesen, wogegen der Erstere die Appellation eingeführt hat; seine Beschwerden erscheinen jedoch nicht als begründet.

I. Nach dem Klagvortrag und den damit vorgelegten Statuten der anonymen Gesellschaft der badischen Wollmanufaktur Mannheim und nach dem Vertrag zwischen der Bank für Handel und Industrie in Darmstadt und Gustav Köber in Mannheim hat die Beklagte im Jahre 1856 von Gustav Köber dahier die bis dahin unter der Firma Köber und Compagnie bestandene Kunstwollefabrik für eine alsbald zu gründende anonyme Gesellschaft mit der Firma: „Badische Wollmanufaktur Mannheim" erworben, mit Köber Plan und Statuten des Unternehmens sofort entworfen und mit letzterem vereinbart, daß das für den Anfang des Geschäfts festgesetzte Aktienkapital hälftig von der Bank und hälftig von Köber zu übernehmen sei. Die Staatsgenehmigung erfolgte mit Beschluß des großh. Ministeriums des Innern vom 19. August 1856; erst hierdurch erhielt die Aktiengesellschaft nach L.R.A.S. 37 rechtliche Existenz, wenn auch nach §. 5 der Statuten deren Anfang auf den 1. Juli 1856 festgesetzt wurde.

Schon am 7. Juli 1856 hat Kläger, wie er behauptet, von W. Köster und Cie. dahier, als angeblichen Vertreter der beklagten Bank, Aktien der neu gegründeten Gesellschaft im Nominalwerth von 20,000 fl. um den Kaufpreis von 25,000 fl. erkauft und ficht jetzt den Kaufvertrag an, weil sich gezeigt habe, daß zur Zeit des Kaufabschlusses diejenigen Eigenschaften des Unternehmens nicht vorhanden gewesen seien, welche die Gründer (die beklagte Bank) in den Statuten und in dem den Statuten angehängten Vertrag mit Köber etwaigen Käufern der Aktien zugesichert, und weil sie wissentlich Umstände verschwiegen hätten, welche auf den Entschluß etwaiger Käufer der Aktien, sich bei dem Unternehmen zu betheiligen, wesentlichen Einfluß üben konnten. Es wird deßhalb Aufhebung des Kaufs und Entschädigung, d. h. Rückzahlung des Kaufpreises und der Zinsen daraus abzüglich der bezogenen Dividenden begehrt.

Die Klage ist rechtlich begründet, wenn die angedeuteten thatsächlichen Behauptungen wahr und genügend circumstanziirt sind. Das angefochtene Rechtsgeschäft ist als Kauf einer künftigen Sache (L.R.S. 1130. 1598) zu erachten und trat in rechtliche Wirksamkeit, als die Staatsgenehmigung nachträglich erfolgt war.

Der Kläger erwarb dadurch die im L.R.S. 529 L.-R.A.S. 33 ff. und in den Statuten bezeichneten Rechte (H.G.B. 216) und das Recht der Gewährleistung nach L.R.S. 1625, insbesondere das Recht der Gewährleistung für verborgene Fehler und für versprochene Eigenschaften (1641 ff.) gegen seinen Verkäufer.

Die aus dem Kaufvertrage folgenden Verpflichtungen der beklagten Bank gehen jedenfalls so weit, als die nach Ansicht der Schriftsteller über das deutsche Handelsrecht den Projektanten eines Aktienunternehmens gegenüber den Zeichnern von Aktien obliegenden Verbindlichkeiten, d. h. sie haftet dafür, daß das Unternehmen im Wesentlichen die im Vertrag zugesicherten Eigenschaften habe, sie haftet wegen wissentlicher unrichtiger Angabe thatsächlicher Verhältnisse und wegen arglistiger Verschweigung solcher Umstände, deren Kenntniß für die Empfehlungswürdigkeit des Unternehmens von Bedeutung war.

Vergl. Endemann, deutsches Handelsrecht S. 287. 289 III. A und Anmerkung.

Renaud, Recht der Aktiengesellschaften S. 234. 223—225.

Der Kauf könnte daher im Falle des L.R.S. 1116 aufgelöst und es könnte im Falle des L.R.S. 1641. 1645. 1647 Entschädigung begehrt werden, vergl. L.R.S. 1135. 1639, und diese Klage könnte wohl nicht dadurch allein beseitigt werden, daß dem Kläger die verkauften Aktien übergeben wurden, und daß er Aktionär geworden ist. Die Beurtheilung dieser Einrede mußte ausgesetzt bleiben, bis solche von der Beklagten vorgeschützt wurde.

II. Die thatsächlichen Behauptungen des Klägers sind aber nicht von der Art, um in einer oder der andern angedeuteten Richtung den Anspruch gegen die Beklagte zu begründen.

Die Verantwortlichkeit der Beklagten beschränkte sich auf die etwa zur Zeit des Kaufabschlusses vorhandenen Fehler und Mängel der verkauften Sache, sie erstreckte sich nicht auf die Handlungen oder Unterlassungen des Verwaltungsrathes oder der Direktion nach erfolgter Staatsgenehmigung.

Die Beklagte und G. Köber begründeten die Empfehlungswürdigkeit des Unternehmens im Wesentlichen damit, daß die Liegenschaften Köber's von der Aktiengesellschaft um billigen Preis erworben worden, daß sich der Industriezweig, welcher Gegenstand des Unternehmens war, bisher als sehr nutzbringend gezeigt habe, und von der bisherigen Gesellschaft Köber und Cie. vortheilhaft betrieben worden sei, daß Köber den Aktionären bedeutende Vorzüge bezüglich der Gewinntheilung eingeräumt,

dafür eine bestimmt bezeichnete Sicherheit zu leisten versprochen, und daß derselbe sich verbindlich gemacht habe, während 25 Jahren die Direktion des Fabrikgeschäftes unentgeldlich zu führen.

Daß diese Eigenschaften und Voraussetzungen zur Zeit der Gründung der Aktiengesellschaft nicht vorhanden gewesen seien, wird nicht behauptet und so ist zu unterstellen, daß das Geschäft damals im Wesentlichen so beschaffen war, wie es die Statuten und der Köber'sche Vertrag schilderten.

Dagegen wird im Einzelnen zur Begründung des Klaganspruchs geltend gemacht:

1) G. Köber habe die Summe von 27,796 fl. 24 kr. an seinen früheren Gesellschafter für Verwendungen auf die verkauften Liegenschaften aus eigenen Mitteln zu zahlen gehabt, aber das Geld nicht besessen und solches bei Fabrikant Engelhorn auf Wechsel entliehen.

Allein wenn der Köber'sche Vertrag in der Einleitung und in Art. 6 den G. Köber verpflichtete, die fragliche Summe aus eigenen Mitteln abzutragen und so die verkauften Liegenschaften von allen darauf haftenden Vorzugs- und Unterpfandsrechten frei zu machen, so war damit nur bestimmt, daß nicht die Gesellschaft sondern Köber jene Summe zu bezahlen habe, der Gesellschaft mußte es daher gleichgültig sein, wie Köber das nöthige Geld aufbrachte, die durch Darleben aufgebrachten Gelder waren ebenfalls dessen eigene Mittel.

2) Köber sollte für 200,000 fl. Aktien übernehmen (Art. 9 des Vertrags); Kläger behauptet, dies sei nie geschehen, ohne zu behaupten, daß die Aktien überhaupt nicht genommen worden seien.

Der Art. 9 cit. sollte die Herbeischaffung des Grundkapitals ad 400,000 fl. sichern, wovon Köber die Hälfte zu übernehmen berechtigt und verpflichtet war. Es verstand sich von sich selbst, daß Köber diese Aktien nicht zu behalten brauchte, daß er solche sofort, ja vor der Emittirung verkaufen konnte. Wären die 200,000 fl. Aktien von Köber oder seinen Rechtsnachfolgern nicht übernommen worden, so wäre die Aktiengesellschaft nicht zu Stande gekommen; da aber die Klage selbst behauptet, daß die Aktiengesellschaft gegründet worden sei, so folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß Köber die Aktien entweder selbst übernommen oder solche Andern gegen Zahlung überwiesen hat.

3) Die von Köber versprochene Sicherheit für den den Aktionären zugesicherten Zinsenbezug à 5 % des Aktienkapitals (Dividende) sollte im Wesentlichen in der faustpfändlichen Hinterlegung von 50,000 fl. in Aktien bei dem Verwaltungsrath bestehen; die Hinterlegung von 50,000 fl. baar bei der Bank sollte die Hinterlegung der Aktien sichern und nach Erwerbung der Aktien zurückgegeben oder dazu verwendet werden.

Kläger anerkennt, daß Köber Aktien im Werth von 50,000 fl. bei dem Verwaltungsrathe hinterlegt habe, behauptet aber, diese seien Eigenthum der Darmstädter Bank gewesen. Für die Aktiengesellschaft war es aber ganz gleichgültig, wem die verpfändeten Aktien gehörten, sie hatte durch die Hinterlegung diejenige Sicherheit erhalten, die sie vertragsmäßig anzusprechen hatte.

Ob auch bei dem Vertragsabschluß 50,000 fl. baar bei der Bank hinterlegt wurden (wie das Inserat im „Heidelberger Journal" besagt) ist unerheblich, da nach der Absicht des Vertrags diese Summe zur Erwerbung der faustpfändlich zu hinterlegenden Aktien verwendet werden sollte.

4) Die Garantie für 5 % Zinsen resp. Dividenden ward von Köber und nicht von der Bank geleistet, sie bestand nach Art. 9. 10 in den hinterlegten 50,000 fl. Aktien und in dem erwarteten Gewinn in dem Geschäft. Auf die sonstigen Vermögensverhältnisse des Köber ist nicht Rücksicht genommen und konnte bei dessen ungehinderter Befugniß, über sein Privatvermögen zu disponiren, nicht Rücksicht genommen werden.

5) Das Versprechen des Köber in Art. 7 des Vertrags, im Falle der Unfähigkeit zur Leitung der Direktion zu Salarirung des Dirigenten eine Summe bis zu 10,000 fl. jährlich beizutragen, welcher Fall nicht eingetreten ist — setzt nach der Absicht der Contrahenten voraus, daß der Beitrag aus dem Gewinnantheil des Köber resp. aus der ihm gut kommenden Dividende geleistet werden solle, und nicht, daß Köber anderes Vermögen besitzen werde, aus dem die fragliche Summe geschöpft werden könne.

Wenn Dividenden (Ziff. 4) und der Gehaltsbeitrag ad 10,000 fl. durch eigenes Vermögen des Köber gesichert werden sollte, so hätte dieser ein sehr großes Privatvermögen besitzen müssen, welches weder die beklagte Bank noch ein Aktionär bei ihm unterstellen konnte.

6) Die allgemeine Behauptung, Köber sei vermögenslos und der Beklagten sei dies bekannt geworden, ist ebenfalls unerheblich. Den Aktionären ward nicht die

Versicherung gegeben, daß Köber vermöglich sei; die Garantie bestand nur in den hinterlegten Aktien und in der gehofften Vortheilhaftigkeit des Geschäfts. Gingen die Voraussetzungen in Erfüllung, so waren auch die Dividenden der Aktionäre gesichert, mißlang das Unternehmen, so wurden die hinterlegten und die übrigen Aktien werthlos und die Sicherheit verschwand.

Diese Gefahr übernahm der Kläger, als er die Aktien erkaufte; wie ihm die durch das Unternehmen eröffneten Vortheile zufielen, so hatte er auch die Verluste zu übernehmen, welche in Folge mangelhaften Geschäftsbetriebs oder Aenderung der commerciellen Verhältnisse u. drgl. entstanden sind.

III. Aus denselben Gründen ist auch die auf Betrug (absichtliche Täuschung) basirte Klage ungegründet. Es ist nachgewiesen, daß die unter Ziff. 1—5 aufgeführten sog Zusicherungen und Garantieen theils nicht von der Beklagten gemacht, theils unrichtig aufgefaßt sind. Es scheint, daß Kläger diese Garantieen überschätzt hat, dies hat er aber sich selbst zuzuschreiben, indem er bei Abschluß des Vertrags auch die Gefahr der Entwerthung der Aktien und das Scheitern des ganzen Unternehmens in Betracht ziehen mußte.

Da ein wissentliches Verschweigen von wesentlichen Umständen und ein wissentliches Behaupten unwahrer Thatsachen der Beklagten nicht zur Last liegt, so kann die Frage umgangen werden, ob die Beklagte für eine angeblich rechtswidrige Handlung ihres angeblichen Vertreters verantwortlich ist und in wie weit die Statuten der Wollmanufaktur Mannheim zugleich auch als lex des zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrags anzusehen sind.

Das Inserat im „Heidelberger Journal" vom 12. Juli 1856 konnte auf den vorher abgeschlossenen Kaufvertrag keinen Einfluß üben.

Da die Klage in keiner Richtung als begründet erscheint, so war das Urtheil der vordern Instanz zu bestätigen und Kläger auch in die Kosten dieses Rechtszuges zu verfällen.

Auf ergriffene Oberappellation wurde ein bestätigendes Urtheil am 9. April 1867 aus folgenden Gründen erlassen:

Der Kläger fordert von der Beklagten als Gewährleistung und Entschädigung für verkaufte werthlos gewordene Aktien die Summe von 32,000 fl. sammt Zinsen vom Tage der Klagzustellung, wurde aber im ersten Rechtszuge unter Versagung der Ladung wegen Unstatthaftigkeit der Klage und ebenso auch im zweiten Rechtszuge durch bestätigendes Erkenntniß abgewiesen, wogegen er sich als Oberappellant beschwert.

Wenn derselbe in der Oberappellationsbeschwerdeschrift §. 4—6 unter Bezug auf Pr.O. §. 253 zum Zweck der Klagergänzung und Erläuterung eine ausgedehnte thatsächliche Darstellung nachbringt, so kommt hiebei in Betracht, daß das Vorbringen neuer Thatsachen nach Pr.O. §. 1154 im dritten Rechtszuge überhaupt nicht stattfindet, bezüglich der Berufung gegen Ladungsversagung aber das Vorbringen neuer Thatsachen nach §. 1139 für beide höhere Rechtszüge ausgeschlossen erscheint, und überdies gemäß §. 1135 Ziff. 3 und 5 Neuheiten, die eine wesentliche Klageänderung enthalten, schon an sich allgemein unzulässig sind. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß die Klage in allen wesentlichen Punkten, abgesehen von blosen Andeutungen zu besserer Auffassung und Würdigung derselben, hier nur so beurtheilt werden darf, wie sie ursprünglich vorgebracht wurde.

Nach Inhalt der Klage stützte sich nun der klägerische Anspruch im Wesentlichen auf folgende Behauptungen:

Im Jahre 1856 wurde in Mannheim eine Aktiengesellschaft unter dem Titel „Badische Wollemanufactur" mit Staatsgenehmigung gegründet. Sie nahm am 1. Juli 1856 ihren Anfang.

Nach §. 6 der vorgelegten Statuten erkannte die Gesellschaft einen durch die Beklagte mit Fabrikant Gustav Köber dahier für die Gesellschaft geschlossenen Vertrag als Grundlage und als maaßgebend, insbesondere hinsichtlich der Begründung und Sicherstellung des Geschäfts an.

Hierher gehörige Bestimmungen enthielten insbesondere die Art. 7—10 des genannten Vertrags mit Köber, der Art. 7 wegen unentgeldlicher Direktion und Repräsentation der Gesellschaft durch Köber auf die Dauer von 25 Jahren, der Art. 8 wegen der von Köber übernommenen Garantie von 5 pCt. Zinsen aus dem im Geschäft enthaltenen Kapital, der Art. 9 wegen der von Köber zu leistenden Sicherheit, insbesondere durch faustpfändliche Hinterlegung von 50,000 fl. Aktien von den durch ihn zu übernehmenden, und Art. 10 wegen Realisirung der Zinsen-Garantie und der dem Verwaltungsrath deßfalls zustehenden Befugniß zum Zugriff auf die

hinterlegten Aktien Köbers und dessen Verpflichtung zur Ergänzung des angegriffenen Faustpfandes.

Ferner enthielt der einleitende Eingang zum Vertrag mit Köber allgemeine Hinweisungen auf die Bedeutung des schon jetzt im blühendsten Zustande befindlichen Geschäfts der Kunstwollefabrik und auf die Gelegenheit, die den vaterländischen Geldkräften hier geboten werde, sich an einem als äußerst nutzbringend bereits erprobten Unternehmen der vaterländischen Industrie zu betheiligen und unter festbegründeten Garantieen einen namhaften Ertrag aus den eingelegten Kapitalien ziehen zu können, wobei dann auch auf die eingeräumten Bedingungen und Zugeständnisse von Seiten Köbers als Einräumungen, welche nur in der festen Ueberzeugung des bisherigen Dirigenten des Fabrikgeschäfts von dessen Solidität und sichern Rentabilität hätten gemacht werden können, besonders Bezug genommen wurde.

Durch diese außerordentlichen Vortheile, die der Vertrag mit Köber darbot, sah sich der Kläger nach seiner Behauptung veranlaßt, sich bei Wilhelm Köster, dem hiesigen Vertreter der beklagten Bank, nach dem Preise der fraglichen Aktien zu erkundigen, worauf Köster, obgleich selber von der Beklagten mit dem Verkauf der Aktien beauftragt, Erkundigung einzuziehen versprach und am 7. Juli 1856 dem Kläger auf telegraphischem Wege 20,000 fl. solcher Aktien, als soeben offerirt, auf umgehende telegraphische Antwort zu 125 anbot.

Der Kläger kaufte sodann auch 20,000 fl. Aktien zum Preise von 25,000 fl. und zahlte diesen Betrag an die beklagte Bank, für welche, wie der Kläger behauptet, Köster als deren Bevollmächtigter das Angebot gemacht, nud den Verkauf zu einem so hohen Preise, als sonst Niemand bezahlte, wie Kläger später erfuhr, abgeschlossen hat.

Da die fragliche Aktiengesellschaft (Badische Wollemanufactur) im October 1861 liquidiren mußte, deren Aktiven verkauft wurden und durch den Erlös die Schulden nicht gedeckt werden konnten, wurden die Aktien werthlos und der Kläger verlor demzufolge sein ganzes Aktienkapital. Sein Verlust beträgt daher außer dem Kaufpreis von 25,000 fl. die Zinsen vom Nominalkapital von 20,000 fl. vom 1. Juli 1857 bis 1. Januar 1866 = 8500 fl., somit nach Abzug der empfangenen Zinsen vom 1. Juli 1857, 1. Januar 1858 und 1. Juli 1858 im Ganzen 32,000 fl.

Wegen diesen Betrags sammt Zinsen belangt der Kläger, wie er in der Klage besonders hervorhebt, die beklagte Bank lediglich als Gründerin der Gesellschaft, als Unternehmerin und Projectantin auf Gewährleistung und zwar hauptsächlich aus zwei Gründen, nämlich:

1) auf Grund des in §. 6 der Statuten erwähnten Vertrags mit G. Köber und der zugleich als Einladung zur Aktienzeichnung erscheinenden Einleitung mit Bezug auf Endemann, deutsches Handelsrecht §. 57, wornach die Beklagte für das im Project enthaltene Zugesagte und billig Vorauszusetzende (dicta et promissa) hafte,
2) auf Grund der Behauptung, daß die Beklagte, beziehungsweise ihr Vertreter, für den sie zu haften habe, mit dem Bewußtsein der Unwahrheit die im Vertrag enthaltene Garantie zugesichert habe.

In beiderlei Richtung sucht der Kläger unter Hinweis auf die einzelnen Verpflichtungen G. Köbers (§. 5 der Klage Ziff. 1—5) näher darzulegen, daß Köber schon bei Abschluß jenes Vertrags vermögenslos, keine der zur Garantie nöthigen Eigenschaften besessen habe, wofür die Beklagte, selbst wenn sie es damals noch nicht gewußt habe, hafte, da sicherer Erwerb der 5 pCt. Zinsen und damit auch Unversehrterhaltung des Kapitals versprochen wurde, und daß Köber, der durch leichtsinnige und gewissenlose Geschäftsführung hauptsächlich den Verfall verursacht habe, die Direction in anderer Weise geführt haben würde, wenn er wirklich Garantie geleistet und eigenes Kapital zu verlieren gehabt hätte.

Nach der in der ersten Tagfahrt abgegebenen Erklärung verlangt der Kläger die Bezahlung des angesprochenen Betrags gegen Rückgabe der verkauften und übergebenen Aktien.

Bei näherer rechtlicher Prüfung des in dieser Weise geltend gemachten klägerischen Anspruchs ergibt sich, daß derselbe in keiner Richtung für begründet erachtet werden kann.

Was zunächst die zweite, auf behauptete Unredlichkeit der Beklagten sich stützende Art der Klagbegründung betrifft, welche als am weitesten gehend, hier zuerst in Betracht gezogen werden soll, so würde der kläger'sche Anspruch unter der Voraussetzung nachgewiesener Arglist, eines Betrugs im Sinne des L.R.S. 1109. 1116, ausgeübt von der beklagten Bank, beziehungsweise ihrem Bevollmächtigten (dessen Eigenschaft als eines solchen

vorläufig vorausgesetzt) sich unzweifelhaft rechtfertigen, es würde in solchem Falle ein selbstständiger Verpflichtungsgrund zum Ersatz vorliegen.

Vergl. Renaud, Recht der Aktiengesellschaften §. 25.

Endemann, deutsches Handelsrecht §. 57 S. 284. 289.

Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts §. 61 S. 242.

In dieser Richtung fehlt jedoch der Klage unverkennbar die nach Maaßgabe des L.R.S. 1116 hiezu erforderliche nähere thatsächliche Begründung durch Anführung bezüglicher erheblicher Thatumstände, namentlich der angewendeten besonderen Kunstgriffe zur Täuschung und Beschädigung des Klägers, woraus das Dasein eines Betrugs entnommen werden könnte.

Nach dem im zweiten Theil des L.R.S. 1116 anerkannten allgemeinen Grundsatze darf der dolus nicht auf allgemeine Vermuthung hin, ohne solchen näheren Nachweis unterstellt werden, es kann daher die blose Behauptung des Bewußtseins der Beklagten von der Unwahrheit oder vielmehr von der Mangelhaftigkeit der zugesicherten Garantieen hier nicht genügen und zwar um so weniger, als die Beklagte selbst ein nicht zu übersehendes eigenes nahes Interesse bei der fraglichen Unternehmung hatte, indem sie sich im Vertrauen auf Köbers persönliche Tüchtigkeit auf den mehrerwähnten Vertrag einließ, eine Arglist auf ihrer Seite daher nicht leicht angenommen werden könnte, sondern höchstens ein grobes Verschulden, was hier der Arglist nicht gleich steht.

Endemann a. a. O. §. 89 S. 439, §. 93 S. 459.

Deßgl. Renaud §. 24 Schluß.

Vergleiche auch wegen des Streits über die Lucca-Pistoya-Aktien, Annalen Bd. 26 S. 229.

Daß bloße kaufmännische Anpreisungen nicht geeignet erscheinen, einen Betrug im Sinne des bürgerlichen Rechts zu begründen, bedarf kaum der Erwähnung. Uebrigens kann nach dem Inhalt des Klagvortrags die angestellte Klage gar nicht als eine Actio doli aufgefaßt werden. Als Klage auf Grund einer unrechten That gemäß L.R.S. 1382 aber entbehrt die Klage ebenfalls jeder rechtlichen und thatsächlichen Begründung.

In obiger Richtung zeigt sich daher die Klage als völlig grundlos und unhaltbar.

Sie erscheint aber auch in ihrer andern Richtung, die den Hauptklaggrund darstellt, unbegründet und unhaltbar, wie die Richter der vordern Rechtszüge mit Recht angenommen haben.

In dieser Richtung, sofern es sich blos um ein Gewährleistungsklage gegen die beklagte Bank handelt, könnte die Frage der Zuständigkeit der hiesigen Gerichte in erster Reihe zu Bedenken Anlaß geben, indeß hat der Vertreter der Beklagten bei der Verhandlung in dieser Beziehung keinerlei Beanstandung erhoben, während der Kläger Oberappellant selbst die Zuständigkeit der hiesigen Gerichte behauptet und angerufen hat. Unter diesen Verhältnissen, da in einer Richtung die Zuständigkeit nach der klägerischen Sachdarstellung jedenfalls nicht zu beanstanden ist, hat der Gerichtshof sich nicht veranlaßt gefunden, die Zuständigkeitsfrage, welche ohnehin zum Theil mit der Sachfrage untrennbar zusammenhängt, von Amtswegen der Erörterung zu unterziehen.

Was die fragliche Klagbegründung selbst betrifft, so ist zwar im Allgemeinen der Grundsatz als richtig anzuerkennen, daß der Unternehmer und Projectant einer Aktiengesellschaft, sobald er die Betheiligung an dem Aktienverein, der durch Vereinigung einzelner Kapitalien zu einem Gesammtkapital zum Zweck eines bestimmten Unternehmens gebildet werden soll, anbietet, ähnlich wie der Verkäufer von Waaren für das Zugesagte und Zugesicherte, namentlich auch für verschwiegene Fehler und auch für die selbstverständlich als vorhanden vorauszusetzenden Eigenschaften der angebotenen Gegenstände einzustehen hat.

L.R.S. 1625. 1641, vrgl. L.R.A.S. 29. 37 ff.

Endemann, a. a. O. §. 57.

Renaud, Aktiengesellschaften S. 24, S. 225, womit jedoch S. 235 und §. 25 No. 236 auch §. 20 und 21 zu vergleichen ist.

Brinkmann, Handelsrecht §. 61 S. 240—244.

Jedenfalls würde der Unternehmer und Projectant, auch wenn man ihn nach der Auffassung von Renaud in der Regel nur als Rathgeber für haftbar achten wollte, nach den besonderen Bestimmungen der Sätze 1381 a.a.—a.e des badischen Landrechts unter den dort festgesetzten Einschränkungen nicht blos im Falle arglistigen Verhaltens zu haften haben.

Es ist zwar nach §. 1 der Statuten und nach der Einleitung und Art. 1. 2 des mit Köber abgeschlossenen Vertrags nicht zu bestreiten, daß die Beklagte als Mit-

gründerin und Projectantin sich darstellte, dagegen ist der wichtige Umstand zu beachten, daß der bezweckte Aktienverein und das beabsichtigte Unternehmen nach der am 6. August 1856 erfolgten Staatsgenehmigung wirklich in das Leben und in Vollzug getreten ist.

Die angestellte Klage tritt nach dem angeführten Klaginhalte als eine Gewährleistungsklage auf und gründet sich zugleich auf ein Kaufgeschäft, das Banquier Köster, wie wenigstens allgemein behauptet ist, obwohl es an näherem Nachweis in dieser Beziehung fehlt und das Verhältniß in diesem Punkt nicht ganz klar dargelegt erscheint, im Namen der Beklagten mit dem Kläger abgeschlossen haben soll.

Abgesehen davon, daß Klagen auf Gewährleistung und Zurücknahme der Waare nach dem Gesetz (L.R.S. 1648 vergl. mit H.G.B. Art. 347. 349) an kurze Klagfristen gebunden sind, während Kläger erst nach mehreren Jahren Klage erhob, kommt nach Maaßgabe der bereits vorausgeschickten Bemerkung gegen die Klage in Betracht, daß ja nach dem Vortrag des Klägers selbst das bezweckte Unternehmen in der Hauptsache plan- und zusagegemäß wirklich in Vollzug und zu Stande kam.

Der schlechte Erfolg des gemeinsam bezweckten Unternehmens konnte einen Grund zum Rückgriff auf die Beklagte überhaupt nicht abgeben, und um so weniger, wenn man die allbekannten Zeitverhältnisse, welche in den der Gründung folgenden Jahren eintraten, in Erwägung bringt.

Ein bestimmter Vermögensbesitz oder das Vorhandensein gewisser persönlicher Eigenschaften Köbers wurde in keiner Weise zugesichert, weder ausdrücklich noch mittelbar. Seine Person war keine unbekannte und unbestimmte, sondern so bezeichnet und soweit bekannt, daß der Kläger, wie jeder Aktienübernehmer, sich über dessen persönliche Vereigenschaftung unschwer weiter dienliche Aufschlüsse verschaffen konnte. Es kann auch hinsichtlich seiner Person nicht sowohl sein gegenwärtiges Vermögen und diese oder jene besondere Eigenschaft, als vielmehr das Vertrauen, das demselben nicht nur von der Beklagten, sondern auch von Jedem als Aktienerwerber sich Betheiligenden, mithin auch vom Kläger selbst, geschenkt wurde, als entscheidend in Betracht kommen.

Ganz richtig hat in dieser Beziehung der großh. Appellationssenat in seinen Entscheidungsgründen zu seinem Urtheil unter II. 1—6 näher dargelegt, wie nach dem Vertrag mit Köber gar nicht wohl vorausgesetzt werden sollte und konnte, daß Köber ein so großes actives Vermögen besaß, als nach der Auffassung des Klägers erforderlich gewesen wäre, um die Zinsengarantie und den für den besonderen Fall des Art. 7 Abs. 3 des Vertrags vorgesehenen Beitrag bis zu 10,000 fl. jährlich zur Salarirung eines andern Gesellschafts-Dirigenten zu decken, ferner daß auch namentlich die Bestimmung des Art. 6 des Vertrags in Verbindung mit der Einleitung, wonach Köber sich verpflichtete, die zur Abfindung der Mitgesellschafter der Firma Köber u. C. vereinbarte Summe von 27,796 fl. 43 kr. aus eigenen Mitteln abzutragen, nur dahin zu verstehen ist, daß Köber allein diesen Abfindungsbetrag zu übernehmen und zu berichtigen hatte, sei es aus seinem eigenen aktiven Vermögen, sei es in anderer Weise, insbesondere durch geeignete Benützung seines Credits.

Ebenso wurde mit Recht darauf hingewiesen, daß nach Art. 9 des Vertrags die Sicherheitsleistung wegen aller im Vertrag von Köber übernommenen Verbindlichkeiten, insbesondere wegen der Zinsengarantie durch die faustpfändliche Hinterlegung von 50,000 fl. der von ihm gezeichneten Aktien im Nominalwerth zu geschehen hatte, während die sofortige Einzahlung von 50,000 fl. nur die Erwerbung der fraglichen Aktien sichern sollte, daß aber die Hinterlegung der Aktien wirklich stattfand, wie das Zustandekommen und längere Bestehen des Unternehmens zeigt und auch vom Kläger selbst anerkannt ist.

Wenn die Aktien in Folge der ungünstigen Verhältnisse werthlos wurden, so wurden hierdurch natürlich auch die zur Sicherheit bestimmten Aktien entwerthet.

Es bedarf auch keines weiteren Nachweises, daß der in der ersten Verhandlungstagfahrt zu näherer Begründung des Klaganspruchs nachgebrachte Artikel im „Heidelberger Journal" vom 12. Juli 1856, den die Beklagte eingesendet haben soll, an sich nicht geeignet erscheint, der unhaltbaren Klage zur Stütze zu dienen.

Insofern dieser Zeitungsartikel nur Anpreisungen allgemeiner Art enthält, wie sie im kaufmännischen Geschäftsleben üblich sind und überdies weder die Bezeichnung als von der Beklagten ausgegangen an sich trägt, noch eine bestimmte Zusicherung ertheilt, ist derselbe an sich von gar keiner erheblichen Bedeutung.

Dazu kommt aber, daß der fragliche Artikel, welcher das betreffende Unternehmen in günstigem Lichte dar-

stellt, erst im „Heidelberger Journal“ vom 12. Juli 1856 mit Datum vom 9. Juli, und vorher als Originalartikel im „Mannheimer Journal“ vom 10. oder 11. Juli 1856 erschienen ist.

Da nach der eigenen Anführung des Klägers das Kaufsanerbieten und dessen Annahme durch den Kläger schon am 7. Juli 1856, jedenfalls vor dem Erscheinen jenes Artikels Statt gefunden hat, so fällt es in die Augen, daß der mehrerwähnte Zeitungsartikel, ganz abgesehen von seinem Inhalt und Werth, schon deßhalb in keiner Weise zur Stützung des kläger'schen Anspruchs dienen kann.

Hiernach erscheint die Beschwerde des Oberappellanten in keiner Richtung begründet, und es ist die angefochtene Entscheidung unter Verfällung des unterliegenden Theils in die Kosten nach Pr.O. §. 169. 170 zu bestätigen. Dr. Ladenburg.

49.

Den Besitzer einzelner Erbstücke kann der Erbe nicht mit der hereditatis petitio, sondern nur mit der besonderen Klage, welche dem Erblasser in dieser Beziehung zustand, belangen. Zur Leistung des Offenbarungseids ist nur der verpflichtet, welcher beim Ableben des Erblassers die Obsignation der in seinem Besitze befindlichen Erbschaft zu betreiben hatte.

Annalen 1867 S. 180 zu 3.

In Sachen
der ledigen Katharina Futterer und des Andreas Futterer von Forchheim, Kläger, Appellaten, Oberappellanten,
gegen
Konstantin Lösch und dessen Ehefrau Albina geb. Futterer von da, Beklagte, Appellanten, Oberappellaten,
Erbansprüche betr.

Die Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 28. November 1867 besagen:

Gibt die Beklagte für den Besitz von Vermögensstücken einen Titel und zwar einen singulären, dem Erbrecht der Kläger nicht widerstreitenden an, so können die Letztern deren Ausantwortung nicht, wie geschehen, mittelst einer Erbschaftszueignungsklage (hereditatis petitio), — welche nur gegen denjenigen stattfindet, der einen Nachlaß oder gewisse dazu gehörende Güter als ein rechtliches Ganzes (titulo universali) besitzt, — sondern lediglich mittelst einer auch ihrer Rechtsvorfahrerin zu Gebote gestandenen Klage begehren. (Zachariä IV. §. 616.)

Der Klagantrag, daß die Beklagte den Offenbarungseid über die Bestandtheile des Nachlasses ihrer Mutter leisten soll, erscheint unbegründet. Zur Leistung eines Offenbarungseides ist nämlich nach §. 592 der Pr.O. nur derjenige verpflichtet, welcher einen Innbegriff von Sachen anzuzeigen oder herauszugeben hat, — also, wenn der Eid zur Ermittlung des Bestands einer Erbschaft dienen soll, nur derjenige, welcher sich zur Zeit des Ablebens des Erblassers in ihrem Besitze befand, und ihre Obsignation zu betreiben hatte, wie dies des Nähern in dem — der Bestimmung des §. 592 zu Grunde liegenden — §. 17 der Eidesordnung vom 24 Mai 1802 vorgeschrieben war. Die Beklagte könnte darnach nicht aus dem Grunde, weil sie jetzt einzelne zur Verlassenschaft ihrer Mutter gehörige Gegenstände besitzt, sondern nur unter der Voraussetzung zur Leistung des Eides verpflichtet erscheinen, wenn sie sich zur Zeit des Ablebens ihrer Mutter im Besitze ihres Vermögens befunden hätte.

Diese Voraussetzung trifft aber bei ihr nicht zu, da vielmehr die Klägerin und deren Schwester Euphemie, welche beide mit der Erblasserin zusammengewohnt hatten, es waren, in deren Besitz sich das Vermögen der Letztern zur Zeit ihres Ablebens sowohl rechtlich als faktisch befand. Red.

50.

Klage auf Anerkennung der Gültigkeit eines Verzichts.

Der Gemeinde Ettlingen stand seit unvordenklichen Zeiten das Recht zu, ihre Heerden alljährlich in der Zeit von Georgi bis Michaelis wöchentlich zweimal in einem bestimmten Bezirke des der Gemeinde Mörsch gehörigen Waldes zur Waide zu treiben. Altem Herkommen zufolge war die Gemeinde Ettlingen gehalten, jährlich auf Georgi vor Sonnenaufgang an den Vogt, den Gerichts- und den Gemeindebürgermeister von Mörsch

je einen neuen Beutel von Bocksleder mit je 13 markgräflich badischen Hellern abzuliefern. An die Stelle dieser Münzsorten traten später badische Kreuzer. Da die Gemeinde Ettlingen ihr Waidrecht seit langer Zeit nicht mehr ausübte, für die mit einem Anschlage von 6925 fl. 50 kr. im Kataster eingetragene Berechtigung aber die Liegenschaftssteuer an den Staat und Umlagen an die Gemeinde Mörsch entrichten mußte, so erklärte sie durch einen, Seitens der Verwaltungsbehörde genehmigten Gemeindebeschluß, daß sie auf die Waideberechtigung verzichte, und ließ diesen Beschluß der Gemeinde Mörsch eröffnen. Die letztere bestritt die Gültigkeit des Verzichts, und da die Schritte, welche die Gemeinde Ettlingen bei den Verwaltungs- und Steuerbehörden that, um von der Steuerlast entbunden zu werden, erfolglos blieben, so erhob sie bei der I. Civilkammer des Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe eine Klage gegen die Gemeinde Mörsch, in welcher das Gesuch gestellt wurde, auszusprechen: „Daß in Folge des Verzichts das der Gemeinde früher zugestandene Waidrecht in dem Walde von Mörsch in seiner bisherigen Trennung zu existiren aufgehört habe, mit dem Eigenthum an dem Gemeindewalde wieder verbunden, und daß das Eigenthum der Gemeinde Mörsch ein unbelastetes geworden sei, sowie ferner, daß in Folge des Verzichts und der Wiederaufhebung der Eigenthumstrennung die Klägerin von allen mit dem Waidrechte verknüpften dinglichen und anderen Lasten befreit sei.“ —

In der Klage wurde die Berechtigung als ein Nutzeigenthum, bei der Verhandlung als eine Servitut bezeichnet. Die Beklagte bestritt die Statthaftigkeit der Klage und die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte.

Nach gepflogener mündlicher Verhandlung wurde erkannt: „Die Gemeinde Mörsch sei schuldig, den Verzicht der Gemeinde Ettlingen auf das ihr im Mör'scher Gemeindewald zugestandene Waidrecht als rechtsverbindlich anzuerkennen und habe sämmtliche Kosten des Rechtsstreites zu tragen.“

Die Entscheidungsgründe führen unter Bezug auf §. 256 der Pr.O. aus, daß die Klägerin berechtigt sei, die Anerkennung der Rechtsverbindlichkeit des Verzichts zu begehren, wenn sie ein Interesse an der alsbaldigen Entscheidung habe. „Sie hat ein solches Interesse, da sie, um vor der Entrichtung der Abgaben aus dem Steuerkapital der Waidberechtigung entbunden zu werden, der Steuerbehörde gegenüber nachweisen muß, daß sie aufgehört hat, Inhaberin des Waidrechtes zu sein (§. 14. 127. 152 der Grundsteuerordnung vom 20. Juli 1810; §. 2 der Instruktion über das Ab- und Zuschreiben der Grundsteuer vom 18. Oktober 1825.)

„Nun ist das Klagbegehren seinem Wortlaute nach allerdings nicht auf Anerkennnng der Rechtsverbindlichkeit des Verzichts, sondern darauf gerichtet, es solle Beklagte anerkennen, daß „„in Folge des Verzichts““ gewisse Thatsachen eingetreten seien, und diese Thatsachen sind keine aus dem Verzichte entspringende privatrechtliche Verbindlichkeiten der Beklagten, weßhalb zugegeben werden muß, daß die Klage auf Anerkennung dieser Thatsachen nicht als statthaft erscheint. Allein es muß in Betracht gezogen werden, daß in dem Klagbegehren, wie solches gestellt wurde, das Gesuch um Entscheidung darüber, daß die Beklagte die Rechtsverbindlichkeit des Verzichts selbst anerkennen müsse, als mitenthalten anzusehen ist. Denn indem die Klägerin einen richterlichen Ausspruch darüber begehrt, daß die Beklagte anerkennen müsse, es seien „„in Folge““ einer Willensäußerung gewisse Thatsachen eingetreten, begehrt sie zugleich ein Urtheil darüber, daß die Beklagte die Rechtsverbindlichkeit dieser Willensäußerung selbst anerkennen müsse. Die Klage ist somit, wenn auch mit einer Modifikation des Gesuches, als in Rechten gegründet anzusehen. Zur Erhebung derselben Namens der Gemeinde Ettlingen ist der Gemeinderath und kleine Ausschuß nach §. 146. 156 Ziff. 11 der Gemeindeordnung und der Verordnung großh. Ministeriums des Innern vom 14. Juli 1834 befugt, da es sich nicht um die Verfolgung eines dinglichen Rechtes handelt. — — — — — —

„Kein Gewicht kann der Einwendung beigemessen werden, daß der einseitige Verzicht nicht zu Recht bestehe, weil doppelseitige Rechte in Frage stünden. Die Behauptung, daß doppelseitige Rechte vorhanden seien, stützt sich auf das Vorbringen, daß dem Waiderecht die Verbindlichkeit entspreche, mit einem Gefällsteuerkapital zu den Staatssteuern und zu den Gemeindelasten in Mörsch beizutragen, — daß die Entrichtung der 3 Beutel eine Gegenleistung sei, ferner, daß die Klägerin vertrags- und herkunftsmäßig verpflichtet sei, den Deputationen, welche die Waidbegängnisse vornahmen, Speise und Trank zu liefern und die Kosten dieser Waidbegängnisse im Betrage von je 70—80 fl. zu bestreiten. — — — — Es ist klar, daß die Verpflichtung der Klägerin, aus dem Steuerkapital die entfallenden Abgaben zu zahlen, eben-

sowenig die Natur einer Gegenleistung hat, als die Verbindlichkeit, die Kosten des Waidbegängnisses zu tragen.

Mit dem Aufhören des Waiderechtes kommt die Vornahme der Waidbegängnisse, und mit dieser die Verpflichtung zur Bestreitung der deßfallsigen Kosten in Wegfall. Was die Leistung der 3 Beutel anbelangt, so könnte, wenn dargethan worden wäre, daß die Klägerin damit für Einräumung des Waiderechts eine wirkliche Gegenleistung übernahm, davon natürlich nicht die Rede sein, daß sich Klägerin der Entrichtung dieser Gegenleistung einseitig entziehen dürfe, allein zu einem einseitigen Aufgeben des durch das angeblich zweiseitige Rechtsgeschäft erworbenen dinglichen Rechtes wäre die Gemeinde Ettlingen auch in diesem Falle ebenso befugt, als der Käufer, unbeschadet seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufschillings, befugt ist, das Eigenthum an dem Kaufgegenstande zu derelinquiren. Da nun das Klagbegehren nur insoweit statthaft ist, und nur insoweit in einem der Klägerin günstigen Erkenntnisse berücksichtigt werden kann, als es die Anerkennung der Rechtsgültigkeit des Verzichts auf das dingliche Recht, nicht aber insoweit, als es die Anerkennung der Befreiung von der angeblichen Gegenleistung verlangt, so kommt es darauf, ob die Entrichtung der Beutel die Natur einer Gegenleistung hat, nicht einmal an. Will man aber diese Frage in Erörterung ziehen, so kann es im Hinblick auf die Geringfügigkeit der fraglichen Abgabe, die auch bei Berücksichtigung des gesunkenen Geldwerthes mit dem Steueranschlage der Berechtigung außer Verhältniß steht, sowie im Hinblicke auf die Förmlichkeiten der Ablieferung, auch wenn man von dem bestrittenen Punkte, ob die Heller neu und in einem Jahrgange geprägt sein mußten, absieht, keinem Bedenken unterliegen, diese Abgaben für ein bloses Recognitionsgeld zu erklären, zu dessen Entrichtung die Klägerin nur insoferne verpflichtet ist, als von demselben die Ausübung der ihr eingeräumten Berechtigung abhängt. — — —

Die Einrede, daß die Entscheidung der vorwürfigen Streitsache nicht vor die Gerichte, sondern vor die Verwaltungsbehörde gehöre, ist, soweit sie sich auf das Begehren der Rechtsgültigkeit des Verzichts bezieht, unbegründet, da die Frage, ob ein Verzicht auf ein Privatrecht wirksam sei, nur von den Gerichten entschieden werden kann." — Dr. Gebhard.

31.

Die beim Verkauf einer Liegenschaft in Parcellen für die einzelnen Parcellen gegen die andern von dem Verkäufer vorbehaltene Dienstgerechtigkeit kann von den Eigenthümern der einzelnen Parcellen gegen einander geltend gemacht werden, auch von denjenigen, deren Grundstücke nicht unmittelbar an das Eigenthum des Zuwiderhandelnden angrenzen.

L.R.S. 686. 687. 688. 689. 691. 1134.

Als des Beklagten Rechtsvorfahrer am 17. Mai 1858 das Haus des Beklagten sammt Hofraum und Gartenplatz von der gemeinnützigen Baugesellschaft in Pforzheim kaufte, wurde ihm in den Kaufbedingungen die Beschränkung auferlegt, daß der Platz hinter dem Hause nicht überbaut werden dürfe. Die gleiche Bestimmung wurde auch bei dem Verkauf des Hauses und dahinter gelegenen Platzes an den Beklagten am 21. Juli 1860 getroffen und zum Grundbuch eingetragen. Demungeachtet baute der Beklagte auf dem Platze hinter seinem Hause.

Die Käufer der übrigen von der gemeinnützigen Baugesellschaft errichteten Nachbarhäuser erhoben deshalb Klage und stellten das Gesuch, den Beklagten für schuldig zu erklären, anzuerkennen, daß der hinter seinem Hause gelegene Platz nicht überbaut werden dürfe, und ihn zur Beseitigung der auf diesem Platze errichteten Bauten zu verurtheilen.

Von dem Beklagten wurde die Berechtigung der Kläger bekämpft, die oben erwähnte Versteigerungsbedingung für ihre Häuser-, Hof- und Gartenplätze in Anspruch zu nehmen und diese als herrschende Grundstücke gegenüber dem Besitzthum des Beklagten geltend zu machen.

In allen Instanzen wurde jedoch nach dem Antrag der Kläger erkannt, von großh. Oberhofgericht am 1. März 1866 aus folgenden

Gründen:

„Es war als Zweck und Plan der gemeinnützigen Baugesellschaft allgemein bekannt, daß der ganze Liegenschaftscomplex, welchen dieselbe erworben und mit siebenzehn Wohnhäusern überbaut hatte, wieder veräußert und diese Wohnhäuser nebst dazu gehörigen Hof- und Gartenräumen unter denselben, öffent-

lich aufgelegten Versteigerungsbedingungen einzelnen Privaten käuflich überlassen werden sollen, welche daher auch über diese, auf den Vortheil sämmtlicher, jenen Complex bildenden Häuser und Räume berechneten, Bedingungen nicht im Unklaren sein konnten; darnach mußte, so lange die Veräußerung einzelner Parzellen noch im Gange war, einerseits die gemeinnützige Baugesellschaft gegenüber dem Steigerer derselben als Vertreterin des übrigen Theiles des Complexes erscheinen und anderen Theils mußten die Versteigerungsbestimmungen in ihrem Zusammenhang als der für alle Theile des Complexes maßgebende Plan aufgefaßt werden, so daß die Wirkungen des Versteigerungsaktes für den Steigerer einer Parzelle zugleich aus den in dem Versteigerungsplan für die übrigen Parzellen getroffenen Bestimmungen ermessen werden mußten. —

Da nun insbesondere jenes Verbot des Ueberbauens der fraglichen, zu den Wohnhäusern gehörigen Plätze gegen sämmtliche Parzellen des Complexes gerichtet ist und dadurch ein größerer, unüberbauter, Luft, Licht und Sonne ungehindert zulassender und die Aussicht gestattender Raum frei gehalten werden sollte: so mußte sich das Verhältniß zwischen der einzelnen Parzelle und dem übrigen Complex, als ein — Rechte und Pflichten gegenseitig bedingendes — darstellen. Hiernach lag nämlich jeder einzelnen Parzelle, gegenüber dem übrigen Complex die Dienstbarkeit des Nichtüberbauens auf und dieser correspondirte, die Grundgerechtigkeit aller übrigen Theile des Complexes, wonach das Ueberbauen jener Parzelle untersagt war; hinwiderum aber konnte jede einzelne Parzelle gegenüber dem ganzen übrigen Complexe die Grundgerechtigkeit in Anspruch nehmen, daß dort überall die fraglichen Plätze nicht überbaut werden und dieser Grundgerechtigkeit entsprach auf der Gegenseite die Dienstbarkeit, wornach jener übrige Theil nicht überbaut werden durfte. Die Constituirung dieser gegenseitigen Dienstbarkeiten und Grundgerechtigkeiten erfolgte vermöge des Versteigerungsaktes auf Grund der hiebei festgesetzten Bedingungen, in der Weise, daß sich bei der ersten Parzellenversteigerung die Verkäuferin für die übrigen noch in ihrer Hand befindlichen Complextheile jene Grundgerechtigkeit vorbehielt und zugleich dem Steigerer die betreffende Parzelle nur unter dieser Beschränkung veräußerte und andererseits zu Gunsten jener Parzelle auf den übrigen, noch in ihrer Hand verbleibenden Complex jene Dienstbarkeit des Nichtüberbauens übernahm, und jener Parzelle, bezw. ihrem Steigerer die correspondirende Grundgerechtigkeit bewilligte. Ebenso verhielt es sich bei der Versteigerung der weiteren Parzellen, nur mit dem Unterschiede, daß für Letztere gegenüber den schon vorher versteigerten Parzellen in Folge der früheren Versteigerungsakte in der angedeuteten Weise bereits Grundgerechtigkeiten constituirt und Dienstbarkeiten ihnen auferlegt waren, da diese Parzellen gegenüber den jeweils vorher zur Versteigerung gekommenen Parzellen unter dem, diesen gegenübergestandenen übrigen Theil des Complexes begriffen gewesen waren.

Es kann daher auch an der Legitimation der Kläger, als Eigenthümer solcher Parzellen, jene Grundgerechtigkeit für ihr Besitzthum geltend zu machen, nicht gezweifelt werden.

Es ist ferner ganz unbegründet, wenn der Beklagte bestreitet, daß die ihm auferlegte Baubeschränkung von Interesse oder Nutzen für die Kläger sei ꝛc.

Ebenso ist es nicht erforderlich, daß das herrschende Grundstück unmittelbar an das dienende anstoße, wie sich aus den Lehren des römischen Rechts, die dem französischen zu Grunde liegen, ergibt, insbesondere aus

l. 7 §. 1 Dig. com. praed. 8. 4.
l. 5 Dig. si serv. vind. 8. 5.
Keller, Pandekten §. 172.

Endlich kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Beklagte dem Rechte der Kläger zuwidergehandelt hat, indem er auf dem fraglichen, zu seinem Wohnhaus gehörigen Raume die Baulichkeit, wie sie in der Klage angegeben und durch den richterlichen Augenschein festgestellt ist, aufgeführt hat." Red.

52.

Zur Auslegung des §. 52 des Pol.Str.G.B.

Der §. 52 des Pol.Str.G.B. bedroht mit Strafe Schlägereien, Raufhändel und überhaupt Thätlichkeiten, welche in Wirthshäusern oder auf der Straße oder an anderen öffentlichen Orten vorfallen.

Der Begriff „öffentlicher Ort" ist es nun, welcher bei Auslegung und Anwendung des §. 52 vielfach Schwierigkeiten macht und auch von den verschiedenen Gerichten des Landes bereits verschieden ausgelegt worden ist,

indem einerseits die Polizeibehörde leicht geneigt ist, diesen Begriff möglichst weit auszudehnen und anderseits die Gerichte häufig einer allzubeschränkenden Auslegung sich anschließen.

Jener Begriff ist schon an und für sich ein mehr oder weniger dehnbarer, und hat auch in den betreffenden Paragraphen des Polizeistrafgesetzbuchs selbst, wo er vorkömmt, eine zum Theil verschiedene Auffassung erfahren.

Am besten wird sich der Begriff „öffentlich“ durch den Gegensatz davon erklären lassen, wobei man jedoch als solchen nicht den Begriff „geheim“ aufstellen darf, wie dies schon in Dr. Puchelt's Strafgesetzbuch Bem. 4 zu §. 338 treffend ausgeführt ist. Vielmehr kann nur das Wort „Privat“ als Gegensatz von „öffentlich“ in Betracht kommen.

Schon der §. 51 des Pol.Str.G.B. aber, welcher von Schmähungen öffentlicher Diener und Singen verbotener Lieder an öffentlichen Orten handelt, setzt dabei solche Orte und beziehungsweise Lokale voraus, welche dem freien Eintritt des Publikums geöffnet sind.

Die gleiche Auffassung liegt den §§. 52. 53. 56. 58. 60. 71. 73. 76. 80. 97. 104. 121. 123. 124. 126. 127. 129. 132 des Pol.Str.G.B. zu Grunde und werden in der auf Grund der §§. 60 und 61 erlassenen Verordnung vom 29. November 1865 (Reggsbl. S. 688), z. B. „öffentliche Tanzbelustigungen“ als solche bezeichnet, zu denen Jedermann, sei es gegen oder ohne Eintrittsgeld, Zutritt hat, welchen wieder die Tanzbelustigungen geschlossener Gesellschaften gegenüber gestellt werden.

Einer schon etwas weiteren Auslegung begegnen wir in §. 63, wenn Eisenlohr zu diesem §. zu den öffentlichen Schau- und Vorstellungen auch solche rechnet, welche nicht gerade an einem öffentlichen Orte, aber auf eine für den Zutritt des Publikums berechnete Weise stattfinden.

Wenn gar in der zu §. 69 Ziff. 2 erlassenen Verordnung vom 8. November 1865 (Reggsbl. S. 649) §. 3 an gewissen Tagen alle „öffentlichen Arbeiten“ untersagt sind, sowie das öffentliche Auslegen und Aushängen von Waaren, so sind hierunter nicht blos die, an Jedermann zugänglichen (öffentlichen) Orten verrichteten, Arbeiten 2c. verstanden, sondern es ist als „öffentlich“ alles das bezeichnet, was gleichzeitig von Mehreren wahrgenommen worden ist oder wahrgenommen werden konnte.

Ebenso sind unter den in §. 75 genannten „öffentlichen Wassern“ alle diejenigen begriffen, welche ihrer Lage nach dem allgemeinen Einblick offen stehen, wenn sie auch im ausschließlichen Privatbesitz sich befinden;

Eisenlohr zu §. 75,

während im §. 79 unter „öffentlicher Lotterie oder Ausspielung“ jeder auf die Theilnahme des allgemeinen Publikums berechnete Betrieb eines Spieles begriffen ist.

Wenn nun auch nach dem Bisherigen der Begriff „öffentlich“ in den verschiedenen Paragraphen des Polizeistrafgesetzbuchs und den auf Grund derselben erlassenen Verordnungen eine mehr oder weniger ausdehnende Auslegung erfahren hat, so muß doch angenommen werden, daß unter einem öffentlichen Orte im Sinne des §. 52 des Pol.Str.G.B. nicht ein im Privateigenthum stehendes Grundstück, das als solches benützt wird, und nicht ein über ein derartiges Grundstück führender Privatweg als ein öffentlicher Ort betrachtet werden kann, da ja gerade nur der Eigenthümer das Recht hat, sein Grundstück, beziehungsweise den über dasselbe führenden Weg, zu begehen, weßhalb auch die Verübung des in §. 52 gedachten Vergehens auf einem solchen Grundstücke nicht möglich ist.

In einem unterm 21. Dezember v. J. vor der Rekurskammer des großh. Kreisgerichts Baden, J. A.S. gegen Gottfried Herrmann von Hundsbach, verhandelten Falle war der Angeklagte durch das amtsgerichtliche Urtheil wegen Thätlichkeiten auf öffentlicher Straße zu einer Amtsgefängnißstrafe von 24 Stunden verurtheilt worden, weil derselbe den Knecht des Joseph Wasmer, welcher einen über das Grundstück des Angeklagten führenden Privatweg mit einem Karren voll Schindeln befuhr, auf diesem Weg mißhandelt hatte, während aus den amtsgerichtlichen Entscheidungsgründen selbst als unbestritten hervorgeht, daß dieser Weg von Niemanden befahren werden darf, und anderseits das von Joseph Wasmer in Anspruch genommene Recht, über das Grundstück des Angeklagten zu gehen, von dem Letzteren in einem deßfalls anhängigen Rechtsstreite bestritten ist.

Es war somit die That gar nicht auf öffentlicher Straße oder an einem öffentlichen Orte verübt, und ist die von Eisenlohr zu §. 121 des Pol.Str.G.B. — welcher Paragraph von der verbotenen Benützung öffentlicher

Straßen oder Wege handelt — gemachte Bemerkung auch hier maaßgebend, daß nämlich unter den öffentlichen Straßen (Staats- oder Vicinalstraßen) zwar auch Feld-, Wald- und Fußwege zu verstehen sind, jedoch nur, sofern diese nicht blos für einzelne Privaten kraft eines Privatrechtstitels, sondern für den öffentlichen Gebrauch bestimmt sind.

Die aus diesem Grunde bei der Rekurskammer erfolgte Freisprechung des Angeklagten entspricht auch dem Motiv des Gesetzgebers, welches dem §. 52 zu Grunde liegt, indem die dort vorgesehenen Thätlichkeiten nur wegen der mit solchen Vorfällen durch die leicht mögliche Einmischung Dritter verbundenen Gefährdung der öffentlichen Ruhe polizeilich bestraft werden sollen, welcher Grund jedoch da nicht zutrifft, wo der Ort, an dem die Thätlichkeiten verübt wurden, nicht Jedermann zugänglich war.

Selbst wenn die Thätlichkeiten auf einem, ganz in der Nähe von öffentlichen Orten belegenen, Privatgrundstück verübt worden wären, und damit gewissermaaßen ein öffentlicher Skandal hervorgerufen würde, könnte zwar eine polizeiliche Bestrafung nach §. 53, nicht aber nach §. 52 des Pol.Str.G.B. eintreten, auf welch' letztere Gesetzesstelle die Anschuldigung in obigem Falle allein gegründet war.

Ferdinand Beck, Referendär in Baden.

53.

Durch unwahre Erklärungen in einer öffentlichen Urkunde wird das Verbrechen der intellektuellen Fälschung (§. 427 des Str.G.B.) nicht begangen.

Oppenhoff, Bemerk. 22 ff. zu §. 252 des pr. Str.G.B.

Escher, Betrug S. 398.

Durch Fertigung und Gebrauch eines falschen Vermögensnachweises zum Zweck der Bürgerannahme wird, da das Merkmal der Vermögensbeschädigung mangelt, das Verbrechen des Betrugs nicht verübt, noch versucht.

Vrgl. Annalen 18 S. 318 c.
23 S. 115 (164) II.
27 S. 102 Ziff. 35.

Escher, Betrug S. 417.

Karl Weishaar von Donaueschingen hatte dem Benedikt Straub von Hausenvorwald, welcher mit ihm vor dem Notar erschien, in öffentlicher Urkunde eine Schenkung zum Scheine gemacht, um diesem mit der Urkunde einen Vermögensausweis zum Zweck der Bürgerannahme zu verschaffen.

Beide wurden der Fälschung einer öffentlichen Urkunde aus Gewinnsucht, beziehungsweise der Beihülfe hierzu, angeschuldigt.

Die Raths- und Anklagekammer entband sie aber von dieser Anschuldigung.

Hiergegen führte der Staatsanwalt am Kreisgerichte Villingen Beschwerde, indem er behauptete, daß alle diejenigen Merkmale vorhanden seien, welche in dem §. 427, vrgl. mit 423 des Str.G.B., zum Thatbestande der sog. intellektuellen Fälschung einer öffentlichen Urkunde festgesetzt sind, daß somit die Raths- und Anklagekammer die vorliegende That mit Unrecht als eine nicht strafbare angesehen habe. Was insbesondere die Frage anlangt, ob die Fälschung zum Zwecke eines Betrugs aus Gewinnsucht verübt worden sei, so sei dieselbe bejahend zu beantworten, denn es handle sich bei der Erwerbung des Bürgerrechts nicht blos um rein politische Rechte, sondern auch um die mit dem Bürgerrecht verbundenen vermögensrechtlichen Vortheile (Annalen 1856 S. 115), und nachgewiesenermaaßen habe in Hausenvorwald, wo der Angeschuldigte Straub um bürgerrechtliche Aufnahme nachsuchte, jeder Bürger Anspruch auf Gabholz und auf den Genuß von Allmendfeld. Außer dem habe jeder Ortsbürger mit seiner Familie im Falle des Bedürfnisses Anspruch auf Unterstützung aus der Ortskasse. Daß der Angeschuldigte Straub mit seinem ersten Gesuch um bürgerliche Aufnahme vom Gemeinderath und Amt wegen Mangels des gesetzlichen Vermögens abgewiesen worden sei, vermöge am Thatbestande nichts zu ändern; denn mit dem Gebrauch der Urkunde, welche ausweislich der gemeinderäthlichen und amtlichen Akten stets als vollbeweisende ächte Urkunde betrachtet worden, sei die Fälschung vollendet. Aus dem gleichen Grunde werde der Thatbestand des Verbrechens auch dadurch nicht alterirt, daß Straub später seine bürgerliche Annahme erwirkt habe, und daß er zur Zeit noch nicht in den Bürgergenuß eingerückt sei.

Das großh. Oberhofgericht verwarf jedoch durch Urtheil vom 6. Oktober 1866 die Beschwerde als unbegründet.

Entscheidungsgründe:

Die Erklärung der Angeschuldigten, welche sie öffentlich beurkunden ließen, war eine „wissentlich falsche“ und der Inhalt der Urkunde ein unwahrer; allein die Wahrheit und Ernstlichkeit jener Erklärung war nicht Gegenstand der öffentlichen Beurkundung, sondern nur die Thatsache, daß eine Erklärung des angegebenen Inhalts von den Angeschuldigten vor dem Notar abgegeben worden sei. Die Willenserklärung der Betheiligten war Sache ihres freien Ermessens, daher nicht geeignet, die Beurkundung des Notars zu einer falschen zu machen, den öffentlichen Glauben des Letzteren zu verletzen.

Die Urkunde ist auch nicht zum Zweck der Verübung eines Betruges aufgenommen und gebraucht worden, denn nach §. 450 des Str.G.B. gehört zum Thatbestand eines solchen ein beschädigender Eingriff in das Vermögen des Getäuschten, ein Merkmal, auf welches hier die Absicht der Angeschuldigten gegenüber der getäuschten Gemeinde nicht gerichtet war. Red.

54.

Rechtsfall.

Zu §. 677. 426. 430 des Str.G.B.

1) **Protokolle des Gemeinderaths über die zwischen ihm als Vertreter der Gemeinde und Dritten (auch Gemeindemitgliedern) abgeschlossenen Rechtsgeschäfte sind keine öffentlichen Urkunden, daher findet §. 677 des Str.G.B. auf sie keine Anwendung.**
2) **Zum Thatbestand der Fälschung von Privaturkunden gehört Beschädigungsabsicht.**

Der Bürgermeister in B. hatte die öffentliche Versteigerung einer Gemeindewegarbeit auf den 8. April 1862 anberaumt und in dieser Tagfahrt durch den Rathschreiber ein Protokoll aufnehmen lassen, wornach die Versteigerung in Gegenwart mehrerer im Eingang des Protokolls genannter Mitglieder des Gemeinderaths und Ausschusses stattfand und die Wegarbeit dem A. (einem damaligen Gemeinderathe) zu 38 fl. 30 kr. mit der Beurkundung zugeschlagen wurde, daß sonst Niemand als Steigerer erschienen sei.

Die polizeilichen und gerichtlichen Erhebungen ergaben aber, daß A. die Wegarbeit schon im Jahr 1860, wenigstens größtentheils und zwar zunächst in seinem Interesse, da er dort Felder besaß, gefertigt hatte, daß weder er noch die im Protokolle genannten Mitglieder des Gemeinderaths und Ausschusses in der Tagfahrt erschienen waren, daß dem A. vielmehr ohne Anberaumung einer zweiten Versteigerung, in einer späteren Sitzung des Gemeinderaths und Ausschusses die Arbeit zu 38 fl. 30 kr. übertragen, und daß dann erst das Versteigerungsprotokoll vom 8. April 1862 von A. als Steigerer und von Gemeinderaths- und Ausschußmitgliedern nachträglich unterschrieben wurde. —

Die grßh. Staatsanwaltschaft stellte unter Bezugnahme auf den Antrag des Bezirksraths vom 25. Oktober 1865 mit Erlaß vom 14. Februar 1866 No. 961 den Antrag, den Altbürgermeister G., die Gemeinderäthe N. N. und den Rathschreiber N. auf Grund der bisherigen Erhebungen und mit Bezug auf §. 426 und 677 des Str.G.B. wegen der am 8., bezw. 10. April 1862 zum Nachtheil der Gemeinde B. verübten Fälschung einer öffentlichen Urkunde ohne Gewinnsucht mit Mißbrauch des amtlichen Beurkundungsrechts im Betrag von 38 fl. 30 kr. in Anschuldigungsstand zu versetzen. —

Das Amtsgericht G. hatte im Hinblick auf §§. 53. 54. 57. 139. 143. 156 der Gem.Ord., Annalen 1856 S. 133/4, 1858 S. 325, 1864 S. 136 ff. Bedenken, diesem Antrage zu entsprechen. Auf Aktenvorlage an großh. Kreis- und Hofgericht Offenburg, Raths- und Anklagekammer, hat diese — den Ausführungen des Amtsgerichts im Wesentlichen beipflichtend — mit Erlaß vom 8. März 1866 No. 451:

in Erwägung, daß großherzogl. Amtsgericht G. die Untersuchungsakten nach Maßgabe des §. 69 der Str.-P.O. zur Entscheidung anher vorlegte, weil es Bedenken hatte, dem Antrag der großh. Staatsanwaltschaft beizutreten;

in Erwägung, daß der Antrag der großh. Staatsanwaltschaft dahin geht, den Altbürgermeister G. ꝛc. — in Anschuldigungsstand zu versetzen und das Bedenken des großh. Amtsgerichts, dem Antrag beizutreten, abgesehen davon, daß gegen Altbürgermeister G. (wahrscheinlich aus Versehen) der Bezirksrath eine gerichtliche Verfolgung nicht beschlossen hat, deßhalb rechtlich begründet ist, weil der Gemeinderath, die vorliegenden Thatsachen als wahr vorausgesetzt, nicht als öffentliche Behörde, sondern als Repräsentant der von ihm vertretenen Gemeinde, somit als Partei handelte und bekanntlich Nie-

mand, somit auch der Vertreter einer Gemeinde nicht, in eigener Sache eine öffentliche Urkunde im Sinne des Gesetzes L.R.S. 1317 aufnehmen kann;

in Erwägung, daß deßhalb der §. 677 des Str.G.B. hier keine Anwendung findet, weil die Urkunden vom 8. und 10. April 1862 keine öffentlichen sind, und daß die Dienstwidrigkeit lediglich der Ahndung im polizeilichen Wege zu überlassen ist, die Verwaltungsbehörde aber, bereits im Jahr 1863 davon in Kenntniß gesetzt, von einer Untersuchung und Ahndung Umgang genommen hat;

in Erwägung, daß zur gerichtlichen Bestrafung von falschen Privaturkunden nothwendig gehört, daß der Fälscher beschädigen wollte, eine formelle Fälschung ohne Beschädigungsabsicht aber gerichtlich nicht strafbar ist —

c. f. auch oberh. Jahrb. 13. Bd. S. 379 —

und gemäß §. 69. 199 Ziff. 3 der Str.P.O. erkannt:

Es seien N. N. nicht in Anschuldigungsstand zu versetzen und das Verfahren sei einzustellen.

Pfr.

55.

Der Berechtigte, welcher bei Abschluß eines Vertrags nicht mitgewirkt hat, in welchem ihm ein Recht bedungen ist, macht sich dasselbe dadurch, daß er es gegen den Verpflichteten gerichtlich verfolgt, zu eigen. L.R.S. 1121.

In Sachen

des Andreas Schmidt und Genossen, Kläger, Widerbeklagten, Appellaten, Oberappellaten

gegen

die Gemeinde Schwarzhalden, Beklagte, Widerklägerin, Appellantin, Oberappellantin,

Holzberechtigung betreffend,

ist in den

Entscheidungsgründen

zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 24. März 1868 ausgeführt:

„Der Umstand, daß die klägerischen Hofgutsbesitzer bei dem Abschluß des Vertrags vom 8. Februar 1828 nicht persönlich mitgewirkt haben, steht dem erhobenen Anspruch nicht entgegen, weil, wenn ihnen auch in dieser Uebereinkunft das Eigenthum an den abgetretenen Waldungen nicht übertragen wurde, doch darin ihr Beholzungsrecht gewahrt, dieselbe somit in dieser Hinsicht auch zu ihren Gunsten abgeschlossen worden ist, weßhalb hier die Bestimmungen des L.R.S. 1121 zur Anwendung kommen, wonach die Beklagte sich der ihr auferlegten Verbindlichkeit nicht mehr entschlagen kann, beziehungsweise als Schuldnerin der Kläger erscheint, nachdem diese durch die gegenwärtige Klage sich die fragliche Vertragsbestimmung zu eigen gemacht haben. Red.

56.

Der Kläger, welcher auf Grund einer stummen Urkunde Klage erhebt, muß den Beweis führen, daß das in derselben ausgesprochene Schuldbekenntniß auf dem in der Klage geltend gemachten Verpflichtungsgrunde beruhe.

Diese nach Note 7 zu §. 344 in Zachariä, Handbuch Bd. II. S. 348 bestrittene Ansicht ist in den Entscheidungsgründen zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 2. April 1868

In Sachen

des Wendelin Dallath von Burgberg, Gemeinde Ittendorf, Klägers, Appellanten, Oberappellaten

gegen

die Ehefrau des Christian Dallath, Katharina geb. Vögele von Lippertsreuthe für sich und als Vormünderin ihres minderjährigen Kindes, Bertha Dallath daselbst, Beklagte, Appellatin, Oberappellantin,

Forderung betr.,

angenommen, welche besagen:

Obwohl der vom Kläger zum Beweis vorgelegte und von den Beklagten anerkannte Schuldschein vom 2. April 1858 den in der Klage geltend gemachten Verpflichtungsgrund nicht anführt, sich vielmehr als eine sog. stumme Urkunde darstellt, und obwohl bei derartigen Urkunden das Vorhandensein einer giltigen Vertragsursache nicht ohne weiters zu vermuthen*), sondern der klagend aufgetretene Gläubiger immerhin gehalten ist, den Nachweis zu liefern, daß das Schuldbekenntniß auf einer erlaubten Ursache und insbesondere auf der in seiner Klage geltend gemachten beruhe (Zachariä II. §. 344 Note 7), so muß doch die Annahme des Appellationsgerichts, daß die vorliegende Schuldurkunde wenigstens den Anfang eines Beweises für die Klagbehauptung ergebe, als gerechtfertigt erscheinen, wenn man erwägt ꝛc. Red.

*) Siehe jedoch Annalen XXIII. S. 109.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 8.

57.

Wenn ein Pfandrecht verschiedene im Zwangswege versteigerte Liegenschaften ergreift, so ist der Gläubiger auf den Erlös aller Pfandobjecte nach Verhältniß zu verweisen.

Auf Betreiben verschiedener Gläubiger wurden dem flüchtig gewordenen Blasius Lorenz von Fautenbach seine sämmtlichen in den Gemarkungen Fautenbach und Gamshurst gelegenen Liegenschaften im Zwangsweg versteigert. Die ersteren wurden in der Tagfahrt vom 4. April v. J. verschiedenen Personen zusammen um 10,976 fl. zugeschlagen, und für die Wiese des Blasius Lorenz in der Gemarkung Gamshurst am 29. Mai 1866 ein Steigerungspreis von 1105 fl. erzielt.

Der Kirchen- und Pfarrhausbaufond Durmersheim hatte für eine Darleihensforderung von 2200 fl. nebst 211 fl. 17 kr. und weitere 3 fl. 25 kr. Zins ein bedungenes erstes Unterpfandsrecht vom 12. Februar 1855 auf verschiedene Liegenschaften in Fautenbach, für welche 4755 fl. 50 kr. erlöst wurden, und auf die in Gamshurst gelegene Wiese.

Der Vollstreckungsbeamte hat diesen Gläubiger nach Verhältniß des Gesammterlöses seiner Unterpfandsstücke mit 1957 fl. 52 kr. auf den Erlös aus den in Fautenbach gelegenen Pfandobjecten und mit dem Rest von 456 fl. 50 kr. an den Steigerer der Wiese in Gamshurst verwiesen.

Bei dieser Art der Vertheilung wurde es möglich, daß Andreas Hund von Kappelrodeck, welcher auf die Liegenschaften des Blasius Lorenz in Fautenbach ein richterliches Unterpfandsrecht vom 14. Dezember 1865 erwirkt und eine Forderung von 982 fl. 26 kr. angemeldet hatte, mit 586 fl. 15 kr. zur Befriedigung gelangte, wogegen er mit seinem Forderungsrest und sämmtliche nachfolgende Pfandgläubiger auf die Liegenschaften in Fautenbach vollständig in Verlust gefallen sind.

Die Verweisung des beklagten Fonds mit 456 fl. 50 kr. auf den Liegenschaftserlös in Gamshurst hatte zur Folge, daß B. Wertheimer, welchem noch eine Forderung der Steuereinnehmerei Gamshurst mit 25 fl. 4 kr. und des Samuel Maier von Bühl mit 539 fl. 53 kr. vorangingen, von dem dortigen Erlös nur 83 fl. 13 kr. erhalten hat und mit weiteren 377 fl. in Verlust gefallen ist.

Hiergegen hat B. Wertheimer Einsprache erhoben, in welcher er sich deßhalb für beschwert erachtet, weil der einsprachsbeklagte Fond, zu dessen Befriedigung die ihm in Fautenbach verpfändeten Liegenschaften hingereicht hätten, mit obengenannten 456 fl. 50 kr. sich auf den Erlös in Gamshurst hat verweisen lassen. Eine solche verhältnißmäßige Verweisung des Obligationsgläubigers auf den Erlös der Liegenschaften beider Gemarkungen hält Einsprachskläger für unzulässig und bittet daher, die Verweisungen dahin abzuändern, daß der beklagte Fond mit seiner ganzen Forderung auf den Erlös der ihm in Fautenbach verpfändeten Liegenschaften angewiesen werde, und daß dagegen von der, dem Fond aus dem Erlös in Gamshurst zugewiesenen Summe von 453 fl. 25 kr. dem Einsprachskläger der Betrag von 377 fl. nebst Zins zugetheilt werde.

Mit Recht hat sich der von beiden Einsprachsbeklagten bevollmächtigte Anwalt Walther gegen eine solche Abänderung der Verweisungen verwahrt und um Verwerfung der Einsprache gebeten.

Der beklagte Fond hat, wie Einsprachskläger selbst zugeben muß, ein bedungenes, erstes Unterpfandsrecht auf mehrere Liegenschaften des gemeinschaftlichen Schuldners in beiden Gemarkungen; er ist somit allgemeiner Unterpfandsgläubiger.

Zachariä, franz. Civ.Recht 4. Aufl. Bd. II. §. 289 S. 180.

Ein solches Unterpfandsrecht haftet auf allen eingesetzten Liegenschaften zusammen, sowie auf jeder einzelnen und auf jedem Theil derselben, L.R.S. 2114, es ist seiner Natur nach untheilbar und berechtigt den Inhaber zum Vorgehen vor andern Gläubigern, L.R.S. 2094,

und insbesondere auch vor den später eingetragenen Pfandgläubigern, L.R.S. 2134, mag der Pfandbucheintrag ein allgemeiner oder besonderer sein.

Zachariä a. a. O. Bd. II. S. 179 und Bd. III. S. 446.

Die Unterpfandsgläubiger von späterem Datum können den früher eingetragenen allgemeinen Unterpfandsgläubiger nicht anhalten, sein Unterpfand oder seine Forderung zu theilen und hat vielmehr der Letztere die Wahl, ob er sein Unterpfandsrecht gegen alle versteigerten Liegenschaften oder nur gegen eine derselben geltend machen will, in welch' letzterem Falle die nachstehenden speciellen Unterpfandsgläubiger nur alsdann eine Theilung des allgemeinen Unterpfands verlangen können, wenn der allgemeine Unterpfandsgläubiger kein besonderes Interesse nachweisen kann, sich einer solchen Theilung zu widersetzen.

Zachariä, fr. Civ.Recht Bd. II. S. 181. 182.

Wendet man diese, auch im Großherzogthum Baden geltenden Bestimmungen auf den vorliegenden Fall an, in welchem nach §§. 104 und 106 der Verordnung über den Dienst der Gerichtsboten und Vollstreckungsbeamten vom 21. November 1851 sämmtliche Güter des Schuldners in beiden Gemarkungen zur Versteigerung kommen mußten, so erscheint die Verweisung der Kaufschillinge, soweit sie die Streittheile betrifft, als vollkommen gerechtfertigt. Die mehreren Pfandgläubiger kamen aus den ihnen verhafteten Unterpfändern nach den Tagen ihres Eintrags zur Befriedigung, L.R.S. 2218 a. 3 und ist kein Grund vorhanden, warum der beklagte Fond ausschließlich auf die Liegenschaften in der Gemarkung Fautenbach hätte verwiesen werden sollen zum Nachtheil des nachfolgenden Pfandgläubigers Andreas Hund und zum ungebührlichen Vortheil des Einsprachsklägers, dessen richterliches Unterpfandsrecht auf die Liegenschaften in Gamshurst sogar von demselben Tage datirt (14. Dezember 1865), wie dasjenige des Einsprachsbeklagten Andreas Hund in der Gemarkung Fautenbach. Da in den beiden Gemarkungen Unterpfandsrechte auf die fraglichen Liegenschaften eingetragen sind, welche dem beklagten Fond nachstehen, so trifft die Voraussetzung des §. 789 der Pr.O. nicht ein und erscheint vielmehr das Verfahren des Vollstreckungsbeamten auch nach §. 790 der Pr.O. als gerechtfertigt.

Stempf, Gantverfahren S. 307 ff.

Im Einklang hiermit steht der Erlaß großh. Justizministeriums vom 3. Juli 1855 No. 5001, die Verweisung der Gläubiger im Vollstreckungsverfahren betr. Verord.Bl. des Mittelrheinkreises 1855 No. X. S. 29 und Verord.Bl. des Seekreises 1855 No. XVIII.

Von dem Begriffe des Pfandrechts und dem Rechte des Gläubigers, aus seinem Unterpfande befriedigt zu werden, leitet dieser Erlaß die den Vollstreckungsbeamten ertheilte Belehrung ab, daß bei mangelnder anderweiter Uebereinkunft der Betheiligten die Verweisung in der Art zu geschehen habe, daß die Unterpfandsgläubiger an alle Käufer der ihnen verpfändeten Liegenschaften mit verhältnißmäßigen Theilen ihrer Forderungen nach der Rangordnung ihrer Vorzugs- oder Pfandrechte verwiesen werden, die vorgehenden Pfandgläubiger mithin auf die zuerst fällig werdenden Beträge der Kaufschillinge.

Aus diesen Gründen und wegen der Kosten mit Bezug auf Pr.O. §. 170 hat man den Einsprachekläger mit der erhobenen Einsprache abgewiesen.

Urtheil des Kreisgerichts Baden vom 12. Februar 1867 in Sachen Wertheimer gegen Durmersheim und Hund. Dr. Puchelt.

58.

Der Gesellschafter, welcher zur Zeit einer für das Geschäft gemachten Waarenbestellung aus demselben bereits ausgeschieden, ohne daß jedoch diese Thatsache durch Eintrag in das Handelsregister offenkundig gemacht ist, haftet sammtverbindlich für den Preis der bestellten Waaren, wenn er nicht beweisen kann, daß sein Ausscheiden zur Zeit der Bestellung dem Verkäufer bereits bekannt gemacht war. Art. 129 Abs. 5, Art. 25 Abs. 2 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs.

Durch die Vorschriften der L.R.S. 1253 ff. ist das Recht der Betheiligten nicht ausgeschlossen, auch noch nach der Zahlung über eine andere Art der Aufrechnung übereinzukommen, so lange nicht bereits erworbene Rechte Dritter dadurch verletzt werden.

In Sachen

des Heinrich Rierhaus von Ronsdorf, Klägers, Appellaten, Oberappellaten

gegen

Eduard Stöckle von Offenburg, Beklagte, Appellanten, Oberappellanten,

Forderung betreffend.

Der Beklagte, früher Associé seines Schwiegersohns Bazoche, wurde auf eine Forderung für Waaren belangt, welche vor seinem Austritt aus dem Geschäfte bestellt worden waren. Er wendete zwar dagegen ein, daß er zur Zeit jener Bestellung faktisch schon ausgeschieden gewesen sei; allein er wurde in allen Instanzen zur Zahlung verurtheilt, von großh. Oberhofgericht am 12. März 1868 aus folgenden

Gründen:

Was die Beschwerde betrifft, daß der Beklagte auch für die Waarenlieferung vom 9. November 1864 im Betrage von 367 fl. 10 kr. für haftbar erklärt worden, so ist unbestritten, daß die Bestellung jener Lieferung bei dem Reisenden des Klägers mündlich, und daß sie zu einer Zeit gemacht worden ist, wo der Eintrag der Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister und dessen Bekanntmachung noch nicht erfolgt war. Es kann sich daher der Beklagte nach der im Art. 129 Absatz 5 und Art. 25 Absatz 2 des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs aufgestellten Regel zu seiner Befreiung von einer etwaigen Gesellschaftsverbindlichkeit nicht auf die angeblich damals schon bestandene Auflösung der Gesellschaft berufen; denn nach der gebietendenden Vorschrift des Gesetzes über die Nothwendigkeit der Eintragungen etwaiger Aenderungen in den Gesellschaftsverhältnissen mußte der Kläger resp. sein Reisender bei dem Mangel eines solchen Eintrags annehmen, daß eine Aenderung bis dahin nicht erfolgt sei, daß er daher noch fortwährend, wie schon seit einer Reihe von Jahren, mit der Firma Eduard Stöckle und Comp. contrahire.

Der Beklagte muß daher dem Kläger gegenüber zur Zeit der Bestellung der Waare noch als Gesellschafter und die Bestellung als Namens der Gesellschaft gemacht, betrachtet werden, und haftet deßhalb dem Kläger gegenüber für die von diesem ausgeführte Bestellung als Sammtschuldner. Art. 112 des allgem. deutschen H.G.B.

Mit der Bestellung von Seite der Gesellschaft, die überdies, wie der Beklagte selbst anerkennt, eine Waare betraf, welche erst zu fertigen war, also auf Seite des Klägers erst noch eine vorgängige Bearbeitung nothwendig machte, und mit der Annahme dieser Bestellung durch den Kläger resp. seinen Reisenden war nämlich das Rechtsgeschäft abgeschlossen, und es waren hierdurch die beiderseitigen Rechte und Verbindlichkeiten begründet; es kommt deßhalb nicht darauf an, ob noch kurze Zeit vor der Ausführung der Bestellung durch den Kläger der Eintrag der Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister und dessen öffentliche Verkündung erfolgt ist, da eine erst nach dem Abschluß des Vertrags erfolgte Auflösung der Gesellschaft für sich allein, wenn sie selbst dem Kläger noch vor der Ausführung der Bestellung etwa durch deren öffentliche Verkündung bekannt geworden wäre, ein bereits mit der Gesellschaft abgeschlossenes Rechtsgeschäft nicht rückgängig machen konnte.

Der Beklagte hätte nach Art. 25 Abs. 2 cit. nur alsdann von seiner Haftbarkeit für die Lieferung vom 9. November 1864 befreit werden können, wenn er zu beweisen vermocht hätte, daß dem Kläger oder seinem Reisenden zur Zeit der Bestellung dieser Waare schon die Auflösung der Gesellschaft bekannt gewesen sei.

Der Beklagte hat zwar auch in zweiter Instanz eine solche Behauptung aufgestellt, er hat dieselbe aber, obgleich durch den Kläger dazu aufgefordert, thatsächlich nicht begründet. Dies wäre aber, auch abgesehen von den deßfallsigen prozessualischen Vorschriften, schon darum geboten gewesen, weil für den Kläger in erster Reihe jedenfalls das Handelsregister maaßgebend war, und er in so lange, als er nicht mit Zuverlässigkeit erfahren hatte, daß dieses nicht mehr die wahre Sachlage darstelle, sich im Vertrauen auf dessen Richtigkeit wie bisher mit der Gesellschaft in Vertragsverhältnisse einlassen konnte. Wenn daher der Beklagte behaupten wollte, daß dem Kläger die Auflösung der Gesellschaft dennoch bekannt gewesen sei, so mußte er solche Thatsachen anführen, aus welchen hervorgeht, daß der Kläger mit Bestimmtheit erfahren habe, daß das fragliche Gesellschaftsverhältniß aufgelöst sei, mochte dies nun durch mündliche oder briefliche Mittheilungen der Gesellschafter an den Kläger oder seinen Reisenden, durch Circulare, durch Privatbekanntmachungen in, dem Kläger zugänglichen, Zeitungen oder dergleichen geschehen sein.

v. Hahn, Commentar zu Art. 25 und 46. I. S. 42. 46. 47.

Solche Thatsachen hat aber der Beklagte nicht be-

hauptet, er hat weder angeführt, daß etwa dem Reisenden bei Aufgeben der Bestellung mündlich, noch auch daß dem Kläger etwa schon vorher, oder gleichzeitig schriftlich von der Aenderung in den Gesellschaftsverhältnissen Kenntniß gegeben, noch daß eine deßfallsige Privatbekanntmachung in, dem Kläger zugänglicher Weise von den bisherigen Gesellschaftern erlassen worden sei, jene Behauptung des Beklagten konnte daher keine Berücksichtigung finden."

—. Der Beklagte hatte eventuell verlangt, daß die Aufrechnung zweier Zahlungen, im Gesammtbetrag von 724 fl. 57 kr., welche der frühere Gesellschafter A. Bazoche an den Kläger geleistet, und die dieser auf seine neueren Waarenlieferungen an Bazoche, der das früher gemeinschaftliche Geschäft allein fortsetzte, aufgerechnet hat, auf die alte Schuld der Gesellschaft geschehen solle.

Die eine dieser Zahlungen mit zusammen 424 fl. 57 kr. war am 7. März und die zweite mit zusammen 300 fl. am 15. März 1865, beide somit nach Auflösung der Gesellschaft geleistet worden.

Mit Schreiben des Klägers vom 11. und 18. März 1865, sowie mit einem Contocorrent vom 5. Mai j. J. hatte derselbe dem A. Bazoche bemerkt, daß er ihm diese Zahlungen nicht auf die alte Schuld aufrechnen könne, sondern auf seinen neuen Conto gut geschrieben habe, und zwar deßwegen, weil die übersandten Wechsel meist auf lange Sicht gestellt seien. Mit seinem Schreiben vom 15. Mai j. J. hatte Bazoche die ihm vom Kläger zugesendeten beiden Contocorrente, sowohl für die alte, als auch für die neue Schuld, an welch' letzterer ihm jene beiden Zahlungen wirklich gutgeschrieben waren, als richtig anerkannt, und die gleiche Zustimmung zu denselben in einem weiteren Briefe vom 28. Juni j. J. wiederholt.

Diese Aufrechnung wurde von den Gerichten der vordern Instanzen und von großh. Oberhofgericht gebilligt.

Gründe:

Die Contocorrente sind als die unter Kaufleuten maßgebenden Urkunden über ihre gegenseitigen Rechtsverhältnisse zu betrachten, und nach ihnen bestand hier zwischen dem Zahlenden und dem Zahlungsempfänger vollständige Uebereinstimmung über die Aufrechnung dieser beiden Zahlungen auf die neuere Schuld des A. Bazoche.

Nach L.R.S. 1253 ist aber ein Schuldner mehrerer Posten befugt, bei Leistung einer Zahlung zu bestimmen, auf welche Schuld er die Zahlung aufgerechnet wissen wolle, und er ist daher um so mehr berechtigt, eine deßfallsige Uebereinkunft mit dem Gläubiger zu treffen; liegt aber ein solches Einverständniß Beider vor, so kommt es auf die Bestimmungen des Gesetzes über die Aufrechnung der Zahlungen für den Fall des Mangels eines solchen Uebereinkommens nicht weiter an.

Die Vorschriften der L.R.S.S. 1253 und ff. sind überhaupt nur dazu bestimmt, etwaige Streitigkeiten zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger über die Aufrechnung der Zahlungen zu regeln, sie beschränken aber Beide nicht in der Befugniß, über diese Aufrechnung ein von jenen Bestimmungen abweichendes Uebereinkommen zu treffen, sei es sofort bei der Zahlung oder auch erst später, und es kann eben darum mit Grund nicht behauptet werden, daß, wenn eine solche Uebereinkunft nicht schon bei der Zahlung getroffen worden ist, nun unabänderlich jene gesetzlichen Bestimmungen mit der Wirkung maßgebend seien, daß die durch das Gesetz als bevorzugt bezeichnete Forderung gewissermaßen sofort kraft Gesetzes erlösche.

Ein Dritter ist deßhalb auch nicht befugt, ein solches Uebereinkommen anzufechten, es sei denn, daß er behaupten könnte, daß er zur Zeit seines Abschlusses bereits Rechte erworben hatte, welche durch dasselbe verletzt würden.

Solche Rechte hat aber der Beklagte nicht geltend zu machen vermocht, insbesondere kann er sich zur Entkräftung der hier vorliegenden Uebereinkunft nicht auf die Bestimmungen eines etwa bei Auflösung der Gesellschaft mit A. Bazoche abgeschlossenen Vertrags berufen; denn dieser Vertrag, zu welchem der Kläger nicht mitgewirkt hat, kann diesem auch nicht entgegengehalten werden.

Red.

39.

Lehnvertrag. Lehnanwartschaft. Dingliches Patronat.

In Sachen

der freiherrlich Adrian von Berstett'schen Grundherrschaft zu Bollschweil und Wittnau, Klägerin, Appellatin, Oberappellantin,

gegen

den großherzogl. Fiscus, vertreten durch das großherzogl. Justizministerium als Lehnhof, Beklagten, Appellanten, Oberappellaten,

Patronatrecht betreffend,

erkannte die Civilkammer des großherzogl. Kreis- und Hofgerichts Freiburg unter dem 30. Januar 1866, No. 320, zu Recht:

„Es stehe der freiherrlich Adrian v. Berstett'schen Grundherrschaft über Bollschweil und Wittnau außer den anerkannten Zugehörden auch das Patronatsrecht über die Pfarrei Wittnau zu; die Oberlehnsherrschaft habe dieses der klägerischen Grundherrschaft zustehende Recht anzuerkennen und nachträglich in den jüngsten Lehenbrief aufzunehmen,"

wogegen der Appellationssenat des gedachten Gerichtshofs mit Urtheil vom 14. Juli 1866 die Klage abwies; das großh. Oberhofgericht aber unter dem 28. Februar 1867, No. 449, das appellationsgerichtliche Urtheil aufhob und das der Civilkammer wiederherstellte.

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe, welche das Thatsächliche des Falles in sich fassen, lauten, wie folgt:

Mit der vorliegenden, gegen den großh. Lehnhof erhobenen Klage verlangt der dermalige Inhaber der freiherrlich von Berstett'schen Grundherrschaft, Freiherr Adrian von Berstett, den richterlichen Ausspruch, es stehe gedachter Grundherrschaft als dinglich mit ihr verbunden und als Lehnszugehörde das Patronatrecht über die Pfarrei Wittnau zu, es sei somit die durch den Lehnhof vertretene Lehnsherrschaft schuldig, jenes Recht als der Grundherrschaft in der erwähnten Weise zukommend anzuerkennen und in den jüngsten Lehnsbrief aufzunehmen.

Die Oberberufungs-Beschwerde gegen das appellationsgerichtliche Erkenntniß stellt sich als begründet dar.

Seit Jahrhunderten trug die freiherrliche Familie Schnewlin Bärenlapp von Bollschweil in der vormaligen Landgrafschaft Breisgau gelegene ritterschaftliche Besitzungen zu Lehn, auf denen das Patronatrecht über die Pfarrei Wittnau als dingliches Recht ruhte. In Folge der Rheinbundsakte gelangte die Lehnherrlichkeit über jene Besitzungen an die Krone Baden. V. Const.-Ed. über die Lehnsverfassung vom 12. August 1807 §. 3. — Laut der Lehnbriefe der höchstseligen Großherzoge Ludwig und Leopold, Königliche Hoheiten, vom 25. März 1825 und 16. August 1831 wurde Franz Xaver Freiherr von Bollschweil mit jenen Besitzungen belehnt und sind in diesen Lehnbriefen als „Lehnstücke" in erster Reihe aufgeführt „der Dinkhof zu Wittnau mit aller seiner Zugehörung, d. i. Bollschweiler das Schloß, und die Dörfer Bollschweiler, Sölden, Biezighofen, Wittnau und Au mit Leuten und Markungen und mit Namen der Kirchensatz zu Wittnau.

Am 20. Oktober 1833 schloß Franz Xaver Freiherr v. Bollschweil, der der Letzte seines Namens war, mit dem frühern großh. Staatsminister Ludwig Leopold Reinhard Freiherr von Berstett einen Vertrag ab, wodurch Ersterer dem Letzteren sein Lehn gegen Zahlung eines jährlichen Sustentationsgehaltes von 1800 fl., von weitern 500 fl. jährlich vom 1. Januar 1834 bis zu seinem Tode oder bis zum 1. Januar 1844, sowie gegen Befriedigung seiner Gläubiger abtrat, sich jedoch den Rücktritt in solches für den Fall, daß ihm der Sustentationsgehalt nicht richtig ausbezahlt werden sollte, vorbehielt. - Durch höchste Entschließung Seiner Königlichen Hoheit des Großherzogs Ludwig vom 8. November 1819 war dem Minister von Berstett wegen der Verdienste, die er sich in der Teritorialangelegenheit um die Großherzogliche Familie und um den Staat erworben hatte, die Anwartschaft auf so viele während der Regierung gedachten Großherzogs, Königliche Hoheit, heimfallende Ritterlehen ertheilt worden, bis dadurch eine jährliche reine Rente von 6000 fl. konstituirt sei. „Die Güter und Gefälle, woraus diese Rente fließe", sollte jenem Erblasse zufolge Minister von Berstett für sich und seine ehelichen Nachkommen also besitzen, daß in Ermanglung männlicher Descendenz solche auf die weibliche Nachkommenschaft des letzten Besitzers fielen.

Mit höchster Entschließung vom 12. Juni 1834 geruhten Seine Königliche Hoheit der Großherzog Leopold zu genehmigen, „daß Minister von Berstett das Mann-

lehn Bollschweil mit Zubehörden auf seine gnädigst verwilligte Dotation unter den in besonderen Verträgen festgesetzten Bedingungen, sowohl hinsichtlich einer lebenslänglichen Rente für den Freiherrn von Bollschweil, als auch einer Abgabe zur Befriedigung der Gläubiger nach den in der höchsten Entschließung vom 5. September 1821 enthaltenen Modalitäten erhalte." Demgemäß ermächtigte das großh. Justizministerium, Lehnhof mit Erlaß vom 8. Juli 1834 den Minister von Berstett, die „Administration" des Lehns aus den Händen des Freiherrn von Bollschweil sofort zu übernehmen, indem es bemerkte „die förmliche Einweisung in den Besitz und die demnächstige Belehnung sowie die weitere Verfügung in Bezug auf die Ertragsberechnung und seinerzeitige Rückgabe besitzender Lehn werde erfolgen, wenn die Urkunde zur Sicherung des Freiherrn von Bollschweil und der Gläubiger von dem betreffenden Amtsrevisorat verfertigt und in die betreffenden öffentlichen Bücher eingetragen sein werde." In Folge einer durch den gedachten Justizministerialerlaß weiter getroffenen und durch Erlaß der großh. Regierung des Oberrheinkreises vom 4. August 1834 an das Landamtsrevisorat Freiburg übermittelten Anordnung wurde von letzterer Behörde unter dem 7. August 1834 eine öffentliche Urkunde folgenden Inhalts aufgenommen. Zunächst geschah in solcher der höchsten Entschließung vom 12. Juni 1834, wonach die Abtretung des Lehnsbesitzes des Freiherrn von Bollschweil an den Freiherrn von Berstett genehmigt worden sei, Erwähnung. Sodann erklärte laut solcher Freiherr von Bollschweil, daß er „alle seine Lehnsbesitzungen, nämlich den sog. Dinkhof zu Wittnau, das sog. Hübschmann'sche Lehn zu Niederwinden und den Burgstall zu Mengen nebst allen zugehörenden Rechten und Gerechtigkeiten, Revenüen und Lasten, wie er dieselben besitze, hiermit vollständig und in aller Form abtrete, und zur Verfügung des großh. Lehnhofes stelle." — Weiter besagt die Urkunde: „Freiherr von Berstett wird in Folge dieser Auffagung nach dem höchsten Staatsministerialrescripte, (soll heißen: Justizministerialrescripte) vom 8. v. M. No. 3933, sowie nach dem von großh. Regierung des Oberrheinkreises mit Erlaß vom 4. August d. J. No. 13,544, ertheilten Auftrage andurch in den Besitz aller dieser bisher von Freiherrn von Bollschweil innegehabten Lehnsobjekte mit allen ihren Gerechtigkeiten, Zugehörden, Rechten u. drgl. eingewiesen, welche Besitzergreifung des Freiherrn von Berstett in die Grundbücher der verschiedenen Gemeinden, in deren Gemarkungen Lehnparcellen liegen, hiernach einzutragen ist." Endlich verpfändete inhaltlich der Urkunde Freiherr von Berstett zur Sicherung der im Vertrage vom 20. Oktober 1833 festgesetzten Geldleistungen die Revenuen der ihm übertragenen Lehensbesitzungen und ertheilte weiter dem Freiherrn von Bollschweil die Versicherung, demselben gedachte Besitzungen zurückzugeben, sofern dessen Sustentationsgehalt nicht vertragsgemäß sollte bezahlt werden, worauf sich denn sowohl Freiherr von Bollschweil als dessen Gläubiger unter der Bitte um Auszüge aus den betreffenden Pfandbüchern für zufrieden gestellt erklärten. Die bisher besprochene Urkunde wurde unter dem 10. September 1834 in das Grundbuch zu Bollschweil eingetragen. Nach klägerischer Behauptung, welche inhaltlich der Entscheidungsgründe der Civilkammer für zugestanden zu erachten ist, war dem Vertrage vom 20. Oktober 1833 eine Lehnsbeschreibung beigegeben, die des „Kirchensatzes zu Wittnau" als einer Lehenszugehörde noch besonders gedachte.

Am 16. Februar 1837 starb Minister v. Berstett, am 19. Juli 1837 Freiherr von Bollschweil. Des Ersteren Rechtsnachfolger war dessen einziger Sohn, der Kläger.

Mit Unrecht fand der Appellationsrichter in den dargestellten Rechtsvorgängen der Jahre 1833 und 1834 nur vorbereitende, rechtlich nicht verbindende Acte, mit Unrecht erachtete er den, allerdings des fraglichen Patronatrechts als Lehnsgegenstandes nicht mehr gedenkenden, Lehnsbrief vom 17. Januar 1854 für allein entscheidend.

Zweifellos können nämlich über die künftige Eingehung eines Lehnsverhältnisses, wie über die eines andern Rechtsverhältnisses vertragsmäßige Verbindlichkeiten geschaffen werden, welche die Lehnsherrschaft zur Lehnsbegebung verpflichten, und zwar sowohl so, daß sich hiebei nur der künftige Lehnsmann und der künftige Lehnsherr als Vertragstheile gegenübertreten, als auch in der Weise, daß der Lehnsherr durch Einwilligung in eine von dem bisherigen Inhaber des Lehns bewirkte Uebertragung des Lehns an einen Dritten mit diesem Dritten den Lehnsverband einzugehen zusagt. Wenn der Lehnsherr nämlich zur Uebertragung des Lehns als solchen seine Zustimmung gibt, so leidet offenbar seine Handlungsweise keine andere Auslegung, als die

eines Versprechens, mit dem neuen Erwerber des Lehns in ein Lehnsverhältniß treten zu wollen. Daß ein anderweitiges Rechtsgeschäft, z. B. ein Kauf, sei es, daß er zwischen dem künftigen Lehnsherrn und künftigen Lehnsmanne, oder dem bisherigen Lehnsmann und einem Dritten unter Einwilligung des Lehnsherrn abgeschlossen wird, die rechtsverbindliche Grundlage für einen neu entstehenden Lehnsverband abgeben könne, muß im Hinblicke auf das Gesagte für ausgemacht erachtet werden.

Von den dargelegten Anschauungen ausgehend, unterscheidet auch die Rechtslehre auf dem Gebiete des gemeinen deutschen Lehnrechts den, eine persönliche Verpflichtung des Lehnsherrn hervorrufenden vorbereitenden Lehnvertrag, der seinen Grund wieder in einem andern Vertrage haben kann, von der, dem Lehnsmanne das dingliche Recht am Lehne gewährenden, Belehnung (Investitur) und hebt namentlich den Fall hervor, in welchem vom Lehnsherrn durch die Genehmigung einer Lehnsveräußerung die persönliche Verbindlichkeit, den neuen Erwerber zu belehnen, übernommen wird.

Struvius, Syntagma juris feud., 1734 c. VI. §. 9 pag. 192 c. VII. §. 3 pag. 222 c. XVI. §. 3 pag. 588.
G. L. Böhmer, Princ. jur. feud. ed. quarta 1782 §§. 3. 44. 101.
Schnaubert, Erläuterung des Lehnrechtes 3. Aufl. 1799 §§. 44. 101.
Weber, Lehnrecht II. S. 47—62, insbesondere S. 49. III. S. 96.
Pätz, Lehnrecht §. 52.
Eichhorn, Einl. in das deutsche Privatrecht §. 204.
Gerber, deutsches Privatrecht §. 112.
Beseler, deutsches Privatrecht §. 105.

Das badische Lehnrecht weicht von diesen Grundsätzen nicht ab, bestätigt sie vielmehr. Der §. 6 des Lehnedicts verfügt, daß jede neue Lehnsbegebung eine Verfassung in Schriften erfordere, welche unter Andern den Rechtsanlaß der Begebung, „ob sie nämlich im Gefolge einer blosen Freigebigkeit, einer Belohnung vorausgegangener Verdienste, eines Kaufes, Tausches u. drgl. oder eines Lehnsauftrags geschehe.“ Der §. 33 des Lehnedicts besagt „die Auflassung, d. i. die freiwillige Zurückgabe des Lehns in die Hände des Lehnsherrn, könne entweder ohne allen Beding oder unter Bedingungen, besonders unter dem Beding, es einem Käufer oder einer sonst begünstigten Person wieder zu verleihen“ geschehen. Die bedingte Auflassung könne der Lehnsherr annehmen oder nicht annehmen. Beide Gesetzesstellen anerkennen ganz, wie dies auf dem Gebiete des gemeinen deutschen Lehnrechts geschieht, die rechtliche Möglichkeit, daß aus gewissen Rechtsgeschäften die Verbindlichkeit zur Belehnung abgeleitet werde. Es spricht für die Richtigkeit eben dieser Auffassung auch noch der Umstand, daß das Lehnedict in seiner Schlußverfügung auf die „analogische Anwendung der gemeinrechtlichen Gesetzgebung des Staates verweist, daß aber dem gemeinen bürgerlichen Rechte zufolge die rechtliche Verbindlichkeit des Lehnsherrn aus vorbereitenden Geschäften der fraglichen Art nicht bestritten werden kann.

L.R.S. 1134. 1589.

Legt man die eben besprochenen Sätze der Beurtheilung der oben ausführlich beschriebenen, im vorliegenden Falle stattgehabten Rechtsvorgänge zu Grunde, so kann man nicht zweifeln, daß die letzteren ein Recht des Minister von Berstett auf Belehnung mit den zuvor von Freiherrn von Bollschweil besessenen Lehnsgegenständen, also auch mit dem Patronatrechte über die Pfarrei Wittnau zur Folge hatten.

Minister v. Berstett überkam das gesammte v. Bollschweil'sche Lehn mittelst eines belasteten Vertrags. Mit dem Lehen war das Patronatrecht dinglich verknüpft. Die Lehnsherrschaft genehmigte den Uebergang des Lehns sammt Zugehörden auf Minister von Berstett. Es liegt also gerade der vorhin besprochene Fall vor, daß die Lehnsherrschaft durch Einwilligung zur Lehnsübertragung dem neuen Erwerber gegenüber die Verbindlichkeit zur Eingehung des Lehnsverhältnisses über sich nahm, und muß diese Einwilligung bei Sachlage zweifelsohne auch auf den Uebergang des Patronatrechts bezogen werden.

Es kann auch weder aus den höchsten Entschließungen vom 8. November 1819 und vom 12. Juni 1834, noch aus den, die letztern begleitenden, Anordnungen des großh. Lehnhofes im Erlaß vom 8. Juli 1834 abgeleitet werden, daß es der Wille der Lehnsherrschaft gewesen sei, nur nutzbare Rechte zu verleihen, und daß die im Jahre 1834 stattgehabte Uebertragung des v. Bollschweil'schen Lehns auf Minister v. Berstett nur einstweiliger Natur, die endgiltige Uebertragung vielmehr auf den Zeitpunkt der vollendeten Berechnung des Ertrages aller dem Minister von Berstett verliehenen

Lehen vorbehalten gewesen sei. Wenn die höchste Entschließung vom 8. November 1819 dem Minister v. Berstett eine Rente von 6000 fl. in Aussicht stellt, so sagt sie auch, daß diese Rente mittelst Verleihung von Ritterlehen, nicht etwa blos durch Verleihung nutzbarer Rechte geschaffen werden solle. Wenn sie von „Gütern und Gefällen" spricht, „aus denen die Rente fließe;" so versteht sie hierunter die Güter und Gefälle, welche die einzelnen Bestandtheile der im Ganzen zu verleihenden Ritterlehen ausmachen. Wenn die höchste Entschließung vom 12. Juni 1834 eine Aufrechnung auf die bisher besprochene Rente (Dotation) im Auge hat, so drückt sie sich doch andrerseits dahin aus, daß Minister von Berstett das „Mannlehn Bollschweil mit Zubehörden," also nicht blos die damit verknüpften nutzbaren Rechte, erhalten solle.

Daraus, daß der großh. Lehnhof durch den Erlaß vom 8. Juli 1834 den Minister von Berstett zur Uebernahme der „Administration" des Lehns ermächtigte, kann — abgesehen davon, daß dieser Erlaß selbstverständlich die höchste Entschließung vom 12. Juni 1834 nicht zu ändern vermöchte — keineswegs abgeleitet werden, daß der großh. Lehnhof nur eine Uebertragung des Lehns zum einstweiligen widerruflichen Genusse beabsichtigt habe, da die Bedeutung des Wortes „Administration" keinen genügenden Anlaß zu solcher Annahme gibt. Offenbar wollte durch die Ermächtigung zur Uebernahme der „Administration" der Eintritt in Besitz und Genuß des Lehns genehmigt werden. Es wird dies um so klarer, wenn man erwägt, daß in dem gedachten Erlasse jener Ermächtigung die „förmliche Einweisung in den Besitz" und die „Belehnung" entgegengesetzt werden.

§§. 7 und 8 des Lehnedicts.

Man gestattete demnach den eigentlichen Antritt des Lehns, die erforderlichen Förmlichkeiten einem spätern Zeitpunkt vorbehaltend. Als dieser Zeitpunkt wird aber keineswegs der der vollendeten Berechnung des Ertrags aus allen dem Minister von Berstett verliehenen Lehen bezeichnet, es besagt vielmehr der Erlaß, „es werde die förmliche Einweisung in den Besitz und die demnächstige Belehnung, sowie die weitere Verfügung in Beziehung auf die Ertragsberechnung und seinerzeitige Rückgabe besitzender Lehen erfolgen, wenn die Urkunde zur Sicherung des Freiherrn von Bollschweil und der Gläubiger von dem betreffenden Amtsrevisorate verfertigt, und in die betreffenden öffentlichen Bücher eingetragen sein werde." Die Aufnahme dieser Urkunde und deren Eintrag in gedachte Bücher wurde noch im Erlasse selbst angeordnet, und wurde diese Anordnung in der oben mitgetheilten Weise, insbesondere durch die Fertigung des öffentlichen Actes vom 7. August 1834, vollzogen. Der Inhalt dieses Actes gibt überall auch nicht den mindesten Anhaltspunkt dafür, daß die Uebertragung des Lehns an Minister von Berstett nur widerruflicher Art sein sollte. Wenn darin, wie oben bemerkt, beurkundet ist, Freiherr von Bollschweil „trete" hiemit seine Lehen „vollständig in aller Form ab und stelle sie zu Verfügung des großh. Lehnhofes" — so geschah dies nur unter den Bedingungen, welche den Uebergang des Lehns an Minister von Berstett voraussetzten. Nur in dieser Weise bedingt, kann auch die „förmliche Auffagung und Zurückgabe des Lehens in die Hände des Allerhöchsten Lehenherrn" aufgefaßt werden, von der an einer andern Stelle der Urkunde die Rede ist.

Wenn der oftertwähnte Erlaß des großh. Lehnhofs von Freiherrn von Bollschweil „die Auflassung des Lehns, d. i. die unbedingte Zurückgabe in die Hände des Lehnherrn" verlangte, so entsprach dieses Verlangen offenbar nicht der Lage der Sache, wie sich schon daraus zeigt, daß nach dem Erlasse selbst die Auflassung nur „unter der Bedingung des Rücktritts in den Genuß, wenn dem Freiherrn von Bollschweil die vorbehaltene Rente nicht richtig entrichtet werden sollte" zu geschehen hatte. Wenn in dem Erlasse von weiterer Verfügung „in Bezug auf die seinerseitige Rückgabe besitzender Lehen" die Rede ist, so deutet dies darauf hin, daß eben, weil das Lehn Bollschweil als an den Minister von Berstett endgültig übergegangen betrachtet werden mußte, weil aber die Erträgnisse bereits verliehener Lehen und die Erträgnisse des Lehns Bollschweil zusammengenommen möglicherweise die in Aussicht gestellte Rente von 6000 fl. übersteigen konnten, solche früher hingegebene Lehen zurückgefordert werden sollten. Von der Anschauung, daß andere, als das von Bollschweil'sche Lehn, im geeigneten Falle zurückzugeben seien, geht auch der Lehnbrief vom 23. November 1838 aus, demzufolge Seine Königliche Hoheit der Großherzog Leopold den Freiherrn Adrian von Berstett mit dem vereinigten Habsberg'schen und Bärenfels'schen Lehen belieh, dabei aber die Rückgabe dieser Lehen „zu dem

Zeitpunkte, wo der Ertrag des Bollschweil'schen Lehns auf die Dotation aufzurechnen sei," vorbehielt.

Die Rechte, welche — dem bisherigen zufolge — Minister von Berstett in den Jahren 1833 und 1834 an dem von Bollschweil'schen Lehne erwarb, gingen im Erbwege auf seinen einzigen Sohn, den jetzigen Kläger, über. L.R.S.S. 724. 731. 745. Lehnedict §. 27.

Ein Erlaß des großh. Lehnhofs vom 13. Mai 1842 betrachtet offenbar die Verhältnisse des vorliegenden Falles in derselben Weise, wie es bisher geschehen ist, indem er besagt:

„Dem großherzoglichen Vasallen, Freiherrn Adrian von Berstett, wird auf Ansuchen hiermit beurkundet:

1) daß sein verstorbener Vater, der Staatsminister Freiherr von Berstett durch einen Vertrag mit dem Freiherrn von Bollschweil vom 20. Oktober 1833 in den Genuß der Grundherrschaft Bollschweil gekommen und dieser Vertrag durch höchste Entschließung aus großherzoglichem Staatsministerium vom 12. Juni 1834, No. 1267, genehmigt worden sei;

2) daß somit der verstorbene Staatsminister Freiherr v. Berstett — von dem im Vertrage mit Freiherrn von Bollschweil bestimmten Tage an — das Lehn Bollschweil zu besitzen und alle Einkünfte zu beziehen gehabt habe;

3) daß der Besitz dieses Lehns mit allen Nutzungen nach seinem Tode auf seinen Sohn, Freiherrn Adrian von Berstett, als einzigen Lehnserben übergegangen sei."

Es lassen sich keineswegs, wie vom Appellationsrichter geschah, daraus, daß dieser Erlaß der mit dem Lehn verbundenen nutzbaren Rechte besonders gedenkt, — was er thun mußte, wenn er seinem angeblichen Zwecke, in einem Prozesse wegen Bürgereinkaufsgeldes benützt zu werden, entsprechen sollte — Folgerungen gegen den Kläger ziehen, indem derselbe doch andererseits anerkennt, daß Minister von Berstett durch Vertrag in den Genuß der Grundherrschaft Bollschweil, also nicht einzelner nutzbarer Zugehörden derselben gekommen, daß der Vertrag höchsten Orts genehmigt worden sei, daß Minister von Berstett das Lehn zu besitzen gehabt habe, und daß der Besitz dieses Lehns mit allen Nutzungen auf den Kläger als einzigen Lehnserben übergegangen sei.

Wollte man selbst — was aber dem Bisherigen zufolge nicht am Platze wäre, die Grundsätze von der Lehnsanwartschaft auf den vorliegenden Fall anwenden und in der höchsten Entschließung vom 12. Juni 1834 nur die Ertheilung einer solchen Lehnsanwartschaft finden, so wäre auch hiermit ein, die Lehnsherrschaft bindendes Verhältniß begründet.

Lehnedict §. 22.
Weber a. a. O. IV. S. 103. 158,
Pätz a. a. O. §. 132.
Eichhorn a. a. O. §. 220.
Gerber a. a. O. §. 112.
Beseler a. a. O. §. 106.

Die Bedingung, welche der ebenangeführte §. 22 des Lehnedikts für die rechtliche Wirksamkeit der Anwartschaft dahin setzt, daß der Heimfall sich bei Leben desjenigen Herrn ergeben habe, der die Anwartschaft ertheilte, ist hier eingetreten, indem die Anwartschaft als von Seiner Königlichen Hoheit dem Großherzog Leopold ertheilt zu betrachten wäre, der Heimfall des Lehns aber mit dem Tode des Freiherrn von Bollschweil im Jahre 1837, also bei Lebzeiten des gedachten Lehnsherrn, stattgehabt hätte.

Daß ein Patronatrecht als dingliches Recht an ein Gut geknüpft sein, daß es mit solchem zu Lehn gegeben werden kann, und daß in Baden den Grundherrn die Ausübung der mit ihrem grundherrlichen Besitze verbundenen Patronatrechte gestattet ist, unterliegt überall keinem Zweifel.

Richter, Kirchenrecht §§. 141. 142.
Schulte, Kirchenrecht II. §. 166. S. 689. 692.
Weber, Lehnrecht II. S. 370—381.
IV. Constit. Edict vom 22. Juli 1807 §. 18.
Lehnedict §. 5.
Edict vom 28. Dezember 1815, Reggsbl. 1816 No. 3.
Edict vom 22. April 1824 §. 12, Reggsbl. No. 11.
Gesetz vom 9. Oktober 1860 Reggsbl. No. 51.

Der Umstand, daß die Pfarrei Wittnau in der nach Verständigung mit dem Herrn Erzbischof von Freiburg erlassenen höchsten Verordnung vom 20. November 1861, Reggsbl. No. 52, als dem landesherrlichen Präsentationsrechte unterliegend angeführt ist, vermag dem

Rechte Klägers nicht entgegenzutreten, da durch diese Verordnung, welche nur eine Abgrenzung der Pfründbesetzungsrechte des Landesherrn einerseits von denen der Kirchengewalt andrerseits bezweckte, auf Privatrechtstiteln beruhende Patronatrechte Dritter offenbar nicht beeinträchtigt werden wollten und konnten.

Wenn der Klage entgegengehalten wurde, in den Jahren 1843—1845 seien mit dem Bevollmächtigten Klägers, dem damaligen Regierungsrathe Fromherz Vereinbarungen getroffen und vom Kläger selbst gebilligt worden, wonach nur die nutzbaren Rechte des Lehns Bollschweil als Gegenstand der dem Kläger zu ertheilenden Belehnung zu betrachten gewesen seien, es habe der Vormund Klägers, Geheimerath Fränzinger den Erlaß des großh. Lehnhofs vom 17. Oktober 1853, worin auf Grund jener Vereinbarungen nur nutzbare Rechte als Lehngegenstände bezeichnet, alle übrigen Rechte und Zugehörden, namentlich die Grundherrlichkeits- und Patronatsrechte, dem Lehnsherrn vorbehalten worden seien, zum Grundbuche eintragen lassen, und überdies diesen Vorbehalt, unter Zustimmung des Klägers genehmigt, endlich habe Kläger mit Einwilligung seines gedachten Vormunds den die Belehnung mit den nutzbaren Rechten aussprechenden, die gedachten übrigen Gerechtsame aber vorbehaltenden Lehnbrief vom 17. Januar 1854 angenommen und auf diesen Lehnbrief hin unter dem 22. August 1856 den Lehnrevers ausgestellt, letzteres unter Zustimmung seines damaligen Vormunds, Rechnungsrathes Aberle; so ist dies gesammte Vorbringen nicht entscheidend. Kläger war nämlich durch Beschluß der großh. Regierung des Mittelrheinkreises vom 3. Juli 1840 wegen Verschwendung für im ersten Grade mundtodt erklärt, durch Beschluß der großh. Regierung des Oberrheinkreises vom 7. September 1847 völlig entmündigt worden, wurde aber unter dem 5. Oktober 1865 unter Aufhebung der Entmündigung in alle Rechte wieder eingesetzt. Da nun, wenn er, wie es dem Obigen zufolge der Fall ist, das fragliche Patronatrecht rechtmäßig erworben hatte, eine jede Rechtshandlung, wodurch er sich dessen wieder entäußerte, als eine Veräußerung, und zwar die der Zugehörde eines liegenden Gutes betrachtet werden muß, so bedurfte es zu einer solchen Rechtshandlung, während Kläger im ersten Grade mundtodt war, gemäß L.R.S. 513 der Beiwirkung eines Beistandes und während der Zeit seiner vollen Entmündigung gemäß der L.R.S.S. 457. 502. 509. 513 a, II. Einf.Ed. zum Landrechte §. 19 neben der Thätigkeit des Vormunds der obervormundschaftlichen Genehmigung.

Es wurde nun aber beklagter Seits weder die Beiwirkung des Vormunds zu den Vereinbarungen der Jahre 1843—1845 — Regierungsrath Fromherz wurde stets nur als Bevollmächtigter des Klägers aufgeführt — noch die obervormundschaftliche Genehmigung der dem Kläger angeblich nachtheiligen Rechtshandlungen der Jahre 1853—1856 behauptet. Auch würde, da Verzichte nicht zu vermuthen sind, aus der Annahme des Lehnbriefes und Ausstellung des Lehnreverses ein Aufgeben des Patronatrechts mit Sicherheit nicht abgeleitet werden können.

Vergl. Eichhorn a. a. O. §. 216 III.
Beseler a. a. O. §. 105 No. 17 S. 415.

Dem Begehren Klägers gegenüber kann man sich beklagter Seits mit Grund auch nicht auf die Bestimmung des §. 15 des Lehnedicts, daß bei einer unbedingten Lehnsversagung die Betretung des Rechtsweges binnen Jahr und Tag geschehen müsse und darauf berufen, daß mit Lehnhoferlaß vom 17. Oktober 1853 die Belehnung mit dem Patronatrechte versagt worden sei; denn eine Lehnsversagung im Sinne jener Gesetzesstelle ist offenbar nur dann vorhanden, wenn das gesammte Lehn, nicht aber, wenn nur eine Lehnszugehörde verweigert wurde. Daraus, daß vom Zeitpunkte der Ausstellung des Lehnreverses (22. August 1856) bis zur Klagerhebung (23. Oktober 1865) mehr als neun Jahre verflossen, kann ebenfalls nichts gegen die Klage abgeleitet werden, da derselben unter allen Umständen nur die dreißigjährige Verjährung entgegengehalten werden könnte. Lehnedict §. 35 L.R.S. 2262. Uebrigens lief, so lange Kläger entmündigt war (1847—1865) gemäß L.R.S. 2252 gar keine Verjährung.

Da das Recht Klägers auf das fragliche Patronat begründet und in keiner Weise beseitigt ist, so war der beklagte Theil für schuldig zu erklären, dasselbe anzuerkennen, und in dem neuesten Lehnsbriefe als Lehnsbestandtheil aufzuführen. Lehnedict §§. 6. 19.

Roßhirt.

60.

Die gewöhnliche Prozeßvollmacht ermächtigt zwar zum Zugestehen von Thatsachen, aber nicht zur Anerkennung von Verbindlichkeiten.

§§. 150. 144. 3. der Pr.O.

Durch ein solches Anerkenntniß ohne Legitimation wird die Zuläßigkeit der Appellation nicht ausgeschlossen.

§. 1102 der Pr.O.

In Sachen

des Kaufmanns Eduard Stöckle in Offenburg, Klägers, Appellaten, Oberappellaten

gegen

Hugo Vögele und dessen Ehefrau, Elise geb. Ungerer daselbst, Beklagte, Appellanten, Oberappellanten,

Forderung betr.

Die beklagten Eheleute, welche auf Zahlung einer, in mehreren Terminen fälligen verzinslichen Schuld von restlich 26,687 fl. 16 kr. und auf Befreiung des Klägers von verschiedenen Darlehnsschulden belangt worden waren, hatten sich im ersten Rechtszug durch einen mit gewöhnlicher Prozeßvollmacht versehenen Anwalt vertreten lassen, welcher die eingeklagte Forderung, bezw. die Verbindlichkeit der Beklagten zur Zahlung anerkannte und nur die Fälligkeit einiger Termine bestritt.

Seiner Erklärung entsprechend wurden die Beklagten zur Zahlung der schon verfallenen Termine und Entledigung des Klägers von der Haftbarkeit für die Darlehnsschulden verurtheilt, und mit dem Begehren, die Beklagten auch zur Zahlung der noch nicht verfallenen Termine zu verurtheilen, der Kläger zur Zeit abgewiesen.

Hiegegen haben die Beklagten appellirt und in ihrer Beschwerde geltend gemacht, daß der Vertrag, auf Grund dessen jene Summe eingeklagt worden, durch Betrug Seitens des Klägers und seines früheren Gesellschafters Bazoche erschlichen, im Irrthum von den Beklagten eingegangen und in Folge dessen nichtig sei. Die betreffenden Thatsachen seien erst nach Publikation des erstinstanzlichen Urtheils zu ihrer Kenntniß gelangt, das Anerkenntniß beruhe somit gleichfalls auf Irrthum.

Der Appellationssenat des großh. Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe hat jedoch mit Erlaß vom 9. Oktober v. J. die Appellation als unzuläßig verworfen, da eine confessio in jure vorliege, welche wohl mit der Wiederherstellungsklage, nicht aber mit dem Rechtsmittel der Appellation beseitigt werden könne.

Hierdurch erachteten sich die Beklagten für beschwert, indem sie noch hervorhoben, daß ihr Anwalt zu einer confessio in jure nicht legitimirt gewesen sei. Diese Beschwerde wurde von großh. Oberhofgericht für begründet erkannt und in den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 5. März 1868 ausgeführt:

„Der Anwalt der Beklagten hat allerdings nur eine gewöhnliche Prozeßvollmacht vorgelegt, die ihn zur Vertretung seiner Vollmachtgeber in diesem Rechtsstreite beauftragte. Er war in Folge dessen ermächtigt, sich über die Thatsachen der Klage zu erklären, dieselben zu bestreiten oder als richtig zuzugeben; er hat sich jedoch hierauf nicht beschränkt, sondern auch die rechtlichen Folgerungen, die der Kläger aus jenen Thatsachen zog, im Wesentlichen als richtig zugegeben, und die Verbindlichkeit der Beklagten, wie sie der Kläger behauptete, in der Hauptsache anerkannt. Damit hat er den Prozeß nicht geführt, sondern eine rechtliche Disposition getroffen, die sich nicht innerhalb der Grenzen des Prozesses bewegte, sondern denselben in der Hauptsache beendigte.

Zu einer solchen Verfügung berechtigte ihn eine gewöhnliche Prozeßvollmacht nicht, er bedurfte hiezu einer Spezialvollmacht nach §. 144 Ziff. 3 und 6 der Pr.O. Der eventuelle Antrag des Anwalts der Beklagten auf Abweisung eines Theils der Klage zur Zeit — ändert nichts an dieser Sachlage. Der Widerspruch, der hierin zu liegen scheint, ist mehr nur ein scheinbarer. Auch der Kläger hatte nicht die Verurtheilung der Beklagten zur sofortigen Zahlung begehrt, sondern nur zur Zahlung an den betreffenden Terminen. Daß die Beklagten an jenen Terminen zu zahlen schuldig seien, hat ihr Anwalt nicht widersprochen, im Gegentheil ebenfalls zugegeben, und in sofern das Klagbegehren nur als verfrüht angefochten. Diese Differenz der Auffassung des Klägers und des Beklagten kann den Charakter jenes Zugeständnisses, das in der That eine Anerkennung der Rechtsansprüche des Klägers, bezw. eine Verfügung über den Streitgegenstand enthält, nicht ändern; für solche Erklärung fordert aber Pr.O. §. 144 unter den oben angegebenen Ziffern eine Spezialvollmacht.

Wäre eine solche dem Anwalt ertheilt gewesen, so hätte die abgelegte confessio in jure allerdings den Rechtsstreit definitiv beendigt; nach dem Grundsatze: „confessus in jure pro judicato habetur“ bedurfte es, streng genommen, nicht weiter eines Urtheils (vergl. L.R.S. 2123) oder wenn ein solches demungeachtet gegeben wurde, war das Rechtsmittel der Appellation dagegen ausgeschlossen (vergl. Pr.O. §§. 1102. 1105), das Urtheil daher sofort rechtskräftig und nur die Wiederherstellungsklage zulässig.

Da aber die Bedingung im vorliegenden Falle fehlt, unter welcher die von dem Anwalte abgelegte confessio in jure die Partei bindet, so steht dem Rechtsmittel der Appellation und damit dem Rechte, Neuheiten vorzutragen, kein Hinderniß im Wege und es mußte das Erkenntniß des Appellationssenats aufgehoben werden.“

Die Sache wurde demzufolge zur Verhandlung und Entscheidung an das großh. Kreis- und Hofgericht Karlsruhe zurückgewiesen. Red.

61.

Zur Anwendung des L.R.S. 2103 No. 3.

In Sachen

der Wittwe des Johann Raufer von St. Ulrich, jetzt Ehefrau des Joseph Rees in Horben, Klägerin, Appellantin, Oberappellatin

gegen

die Ehefrau des Michael Wirbel, Klara geborene Raufer in Bollschweil, Beklagte, Appellatin, Oberappellantin,

Ausstreichung eines Pfandeintrags betreffend.

In dem zwischen der Klägerin und ihrem verstorbenen Ehemann Johann Raufer abgeschlossenen Ehevertrag ist unter No. III. bestimmt:

„Sollten bei Auflösung der Ehe keine Kinder aus derselben vorhanden sein, so schenkt und vermacht der vorversterbende künftige Ehetheil, welcher es sei, dem überlebenden seine ganze Verlassenschaft im Stücke zu Eigenthum bis auf 1000 fl. — Eintausend Gulden, — welche — wenn nicht anderweit darüber verfügt wird — auf die gesetzlichen Erben des Erstverstorbenen fallen sollen. Auch diese 1000 fl. soll aber der überlebende Theil lebenslänglich nutznießen, also erst nach seinem Tode, durch seine Erben zu zahlen haben, sofern auch wegen dieser Nutznießung später nicht andere Bestimmung getroffen werden sollte.“

Johann Raufer starb, ohne anderweite Verfügung getroffen zu haben und ohne Zurücklassung von Kindern. Seine gesetzliche Erbin ist die Beklagte, eine Schwester desselben. Die Auseinandersetzung der Verlassenschaft des Verstorbenen geschah zwischen beiden Parteien vor dem Notar. Der reine Nachlaß, größtentheils in Liegenschaften bestehend, wurde geschätzt auf 3117 fl. 43 kr. Die Klägerin übernahm ihn im Stück und verpflichtete sich, an die Beklagte 1000 fl., mit Vorbehalt der lebenslänglichen Nutznießung, zu zahlen. Der Geschäftsfertiger hat, wie es am Schlusse der öffentlichen Urkunde vom 4. Dezember 1865 heißt: „Die Schwester des Erblassers auf die Nothwendigkeit der Währung der Schenkung durch Eintrag im Pfandbuch aufmerksam gemacht,“ worauf dieselbe das Gesuch stellte, dem Gemeinderath einen entsprechenden Auszug zum Zweck des nöthigen Eintrags mitzutheilen, was von Seite des Notars geschehen und sodann der Eintrag in das Pfandbuch zu St. Ulrich Bd. II. No. 62 unter dem 15. Dezember 1865 erfolgt ist. [1])

Die Klägerin verlangte die Ausstreichung dieses Eintrags, erbot sich jedoch in ihrer Eigenschaft als Nutznießerin der Forderung der Beklagten im Betrage von 1000 fl. zur Sicherheitsleistung L.R.S. 601. Im ersten Rechtszuge wurde sie mit ihrem Begehren abgewiesen,

---

[1]) Nach §. 179 der Geschäftsordnung für die Notare (Reggsbl. No. XLIII.) hat der Notar die Betheiligten, wenn in der Erbmasse Liegenschaften sich befinden, darauf aufmerksam zu machen, daß den Miterben gegen einander wegen der in L.R.S. 2103 Ziff. 3 und L.R.S. 2109 bezeichneten Ansprüche ein Vorzugsrecht auf Grundstücke der Erbschaft zustehe, welches ohne Eintrag in die öffentlichen Bücher nicht wirksam sei, und er ist verpflichtet, etwaige Anträge, welche die Betheiligten stellen, um solche Einträge herbeizuführen in das Theilungsgeschäft aufzunehmen. — Ferner bestimmt §. 192 daselbst, daß, wenn die Theilungsverhandlungen Anträge wegen Grund- und Pfandbuchseinträgen (§. 179. 180) enthalten, der Notar unverzüglich einen Auszug zu fertigen habe, welcher — die zur Fertigung des betreffenden Eintrags erforderlichen, das. speziell aufgeführten Thatumstände bezeichnet, und dieser Auszug ist sodann dem Gemeinderath derjenigen Gemeinde, in deren Bezirk die Grundstücke liegen, mit dem Ersuchen zuzustellen, der von den Betheiligten gestellten Bitte gemäß den Eintrag in das Grund-, beziehungsweise Pfandbuch zu bewirken und den Vollzug dem Notar anzuzeigen.

weil, da nicht mehrere Miterben vorhanden seien, die Beklagte als einzige gesetzliche Erbin des Verstorbenen die Rechte, welche das Gesetz in L.R.S. 2109 (2103 No. 3) einem jeden Miterben für die aus der Theilung des Gemeingutes zu machenden Ansprüche gewähre, eben in sich allein vereinige und nicht weniger günstig gestellt sein könne, als die mehreren Erben es seien. [2]) Es stehe daher der Beklagten das auf dem Prinzip des Gesammteigenthums [3]) beruhende, auf sämmtlichen Gütern der Erbschaft haftende Vorzugsrecht des L.R.S. 2103 No. 3 zu, dessen Wahrung nach L.R.S. 2109 durch Eintrag in das Grundbuch zu geschehen habe, dessen Eintrag in das Pfandbuch jedoch, wie er im vorliegenden Fall erfolgt ist, zwar kein Vorzugsrecht, aber ein Unterpfandsrecht gewähre.

L.R.S. 2113; Oberhofg. Jahrbücher n. F. XIII. 462; Annalen XX. 87.

Der Appellationssenat hat dagegen in Abänderung des Urtheils erster Instanz dem Klagbegehren entsprochen und die Ausstreichung des Eintrags im Unterpfandsbuch angeordnet, vorbehaltlich der Verbindlichkeit der Klägerin, für die Forderung der Beklagten im Betrage von 1000 fl. als Nutznießerin Sicherheit zu leisten. Er begründet sein Urtheil dadurch, daß er annimmt, es habe zwischen beiden Parteien niemals eine Gemeinschaft bezüglich der Verlassenschaft des Erblassers bestanden; er betrachtet daher die Beklagte nicht als Gemeinschaftsgenossin (Miterbin) der Klägerin, sondern die Letztere als Universalerbin und das Erbvermächtniß beschwert mit der einem Legate ähnlichen Last, nach dem Tode der Klägerin der Beklagten 1000 fl. auszahlen zu lassen, welches Recht der Beklagten, weil nur ein einfaches betagtes Forderungsrecht mit keinem gesetzlichen Vorrecht an den zum Nachlasse gehörigen Liegenschaften versehen sei, daher die L.R.S.S. 1017. 2103 No. 3, 2109 hier keine Anwendung finden.

Gegen dieses Urtheil hat die Beklagte die Oberappellation ausgeführt, indem ihr Rechtstitel das Gesetz sei und nicht der fragliche Ehevertrag, welcher nur eine Beschränkung des gesetzlichen Erbrechts der Beklagten hinsichtlich der Größe und hinsichtlich der Vermögenstheile, die der Erbin zufallen sollen, enthalte. Die Festsetzung der Erbquote der Beklagten auf 1000 fl. sei weder eine Schenkung unter Lebenden, noch da ein Testament nicht vorhanden, ein Stückvermächtniß, sondern sie sei eine Minderung der gesetzlichen Erbquote auf den vom Erblasser bestimmten Betrag.

Der Begründung des Urtheils zweiter Instanz stehen in der That erhebliche Bedenken entgegen. Würde die entscheidende Bestimmung des Ehevertrags ein mit der Summe von 1000 fl. belastetes Universalvermächtniß enthalten, wie der Appellationssenat annimmt, so würde hieraus wohl nothwendig folgen, daß der zu jenen 1000 fl. Berufene nicht blos ein einem Legatar ähnlicher Forderungsberechtigter, sondern ein wirklicher, mit einem Stückvermächtniß bedachter Legatar wäre. L.R.S. 1010 Abs. 2, so daß ihm in dieser Eigenschaft das Unterpfandsrecht des L.R.S. 1017, welches im vorliegenden Falle nach Vorschrift des L.R.S. 2111 gewahrt wurde, an sämmtlichen Erbliegenschaften zustehen würde. [4])

Allein es liegt, wenn auch ein Erbvermächtniß für

---

[2]) Das Vorzugsrecht des L.R.S. 2103 No. 3 (L.R.S. 2109) hat nur gegenüber von Miterben oder anderen Miteigenthümern einen Werth, nämlich von solchen Personen, welche, gleich dem Vorzugsberechtigten selbst, ebenfalls Theile des Nachlasses oder eines anderen Miteigenthums erworben haben. Wo nur ein einziger Erbe vorhanden ist, der also den ganzen Nachlaß erwirbt, ist jenes Vorzugsrecht undenkbar, da es dem Erben an der eigenen Sache und gegen sich selbst zustehen würde. Daß derjenige, welcher einen ganzen Nachlaß erbt, ohne jenes Vorzugsrecht ungünstiger daran sei, als der, welcher nur einen, aber durch das Vorzugsrecht gesicherten, Theil des Nachlasses erbt, wird wohl unter keinen Umständen richtig sein, da dem Alleinerben immerhin alle unentwährbaren Theile des Nachlasses, und zwar ihm allein verbleiben, während der Erbtheil eines Miterben als Gegenstand des Vorzugsrechts den anderen Miterben verhaftet bleibt und somit, wenn er selbst einen Verlust durch Entwährung auch nicht erleidet, dennoch durch dergleichen Verlust, der Einem der Miterben zugeht, noch nachträglich vermindert werden kann. Als eine nothwendige Voraussetzung der Existenz jenes Vorzugsrechts wird daher das Dasein mehrerer Berechtigten angesehen werden müssen, welche als Gemeinschaftsgenossen im Sinne des Gesetzes zu betrachten sind.

[3]) Die noch von Zachariä festgehaltene Theorie eines sogen. Gesammteigenthums (condominium in solidum) des deutschen Privatrechts wird bekanntlich von den Neuern als völlig unbegründet bekämpft. Man vergleiche z. B. die von Anschütz zu Zachariä Bd. I. §. 197 S. 482 Note 3; Bd. IV. §. 589 S. 9 Note 4, §. 609 S. 68 Note 10 angeführte Literatur; — ferner oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. IX. 307. — Gerber, System des deutschen Privatrechts, §. 77 und §. 248.

[4]) So scheint auch der geschäftsfertigende Notar inhaltlich seiner oben angeführten Belehrung die Rechtsfrage beurtheilt zu haben.

die Klägerin vorhanden ist,*) eine Belastung desselben zu Gunsten der Beklagten und daher ein Stückvermächtniß für dieselbe nicht vor, wie auch die Oberappellationsbeschwerde anerkennt, — und daß die betreffende Verfügung des Ehevertrags nicht als eine belastete Schenkung unter Lebenden angesehen werden kann, ist unbestreitbar, weil sie ausdrücklich für den Todesfall getroffen ist.

Der Verstorbene war nach den L.R.S. 916. 1094 berechtigt, in seinem Ehevertrag für den nun eingetretenen Fall, daß er keine Ahnen und keine Abkömmlinge hinterläßt, seiner Ehefrau unbeschränkt sein ganzes Vermögen zu vermachen. Die Beklagte kann aber aus diesem Ehevertrag keine Rechte ableiten und namentlich auf die unter No. III. desselben enthaltene Verfügung, „daß 1000 fl. auf die gesetzlichen Erben des Erstverstorbenen fallen sollen", zu ihren Gunsten sich nicht berufen, weil eine freigebige Verfügung in der Regel nur entweder in der Form und unter den Bedingungen, welche das Gesetz für Schenkungen unter Lebenden vorschreibt, L.R.S.S. 931 ff., oder in der Form eines letzten Willens, L.R.S.S. 967 ff., getroffen werden kann, diese beiden Formen, bezw. Bedingungen aber einem Ehevertrag in Beziehung auf einen Dritten abgehen, — und die Ausnahmen hievon, L.R.S.S. 1081 ff. 1091 ff., nur zum Vortheile der Ehegatten und der aus der Ehe zu hoffenden Kinder gestattet sind. Es scheint daher klar zu sein, daß nicht der Ehevertrag, sondern das Gesetz es ist, welches für die Beklagte den Rechtstitel auf die fraglichen 1000 fl. bildet. Weil nämlich der verstorbene Ehemann über seinen ganzen Nachlaß mit Ausnahme des nackten Eigenthums an dem Betrage von 1000 fl. gültigerweise verfügt hat, so trat bezüglich des Eigenthumsrechts an diesen 1000 fl. die gesetzliche Erbfolge in Wirksamkeit und es ist somit in der That lediglich das Gesetz, L.R.S. 750, welches die Beklagte zur Nachfolge in die Erbschaft des Verstorbenen, soweit er darüber nicht gültig verfügt hat, beruft. Sie tritt daher als gesetzliche Erbin auf, mit dem Repräsentationsrechte des L.R.S. 724. Mit eben diesem Rechte ist auch die Klägerin als Erbnehmerin ausgestattet, da keine Pflichterben vorhanden sind, und in einem solchen Falle jeder Erbnehmer in die Reihe der Erben tritt (est instar heredis legitimi) und mithin ganz dieselben Rechte und Verbindlichkeiten hat, wie diese. L.R.S.S. 1006 und 1006 a, Zachariä Bd. IV. §. 721.

Es ist nun allerdings richtig, daß nach der Absicht und Wirkung der maßgebenden Bestimmung des Ehevertrags die Beklagte an den hinterlassenen Gütern des Verstorbenen zu keiner Zeit ein Miteigenthumsrecht zu einem idealen Theil hatte, welches eine Theilung des Nachlasses nöthig machte, sondern sie hat nur ein einfaches Forderungsrecht an die Klägerin erworben, welches nicht an die Stelle einer früheren Gemeinschaft getreten ist, welches vielmehr gleich ursprünglich mit dem Tage seiner rechtlichen Existenz, nämlich dem Todestage des Erblassers, als einfaches Forderungsrecht sich darstellte.

Daß aber die Art der Verfügung im Ehevertrag eine weitere Theilung des Nachlasses des Verstorbenen unnöthig machte, ja sogar nothwendig ausschließt, dieser Umstand entzieht der Beklagten, gegenüber der Klägerin, nicht die Eigenschaft einer Miterbin oder Theilhaberin im Sinne der L.R.S.S. 2103 No. 3 und 2109. Der Wegfall einer weiteren Theilung nach dem Tode des Erblassers ist nur deßhalb als Folge jener Verfügung eingetreten, weil der Erblasser die Theilung, wie sie nach seiner Absicht stattfinden sollte, in erlaubter Weise selbst vorgenommen hat, und diese von ihm selbst vorgenommene Theilung tritt bezüglich ihrer Wirkungen an die Stelle derjenigen Theilung, welche in anderen Fällen unter den Genossen einer Gemeinschaft behufs der Aufhebung derselben geschehen muß. In diesem Sinne ist die Beklagte allerdings gleich der Klägerin Miterbin oder Theilhaberin am Nachlasse des Verstorbenen. Daß dieß der Sinn der L.R.S.S. 2103 No. 3 und 2109, ist bezüglich der elterlichen Theilungen, L.R.S.S. 1075 ff., allgemein anerkannt.

Hilgard, Annalen II. 331.

---

*) Dafür, daß die Klägerin als Erbnehmerin zu betrachten ist, läßt sich anführen, daß sie durch den Ehevertrag zur Gesammtheit des Nachlasses des Verstorbenen berufen ist, L.R.S. 1003, und wenn davon auch eine Forderung oder ein anderer Gegenstand oder ein Theil des Nachlasses ausgenommen ist, was kraft einer anderweiten gültigen Verfügung des Erblassers oder kraft gesetzlichen Erbrechts auf einen Dritten fällt, oder wenn dieser Dritte sogar gleichfalls als Erbnehmer berufen ist, so wird dadurch der Begriff desjenigen Vermächtnisses, welches die Klägerin vertragsweise erworben hat, nicht verändert. Mag nämlich dieser Dritte als Erbstücknehmer, Erbtheilnehmer oder ebenfalls wie die Klägerin als Erbnehmer betrachtet werden, so ist es nicht zweifelhaft, daß alle diese Arten der Erbfolger und zwar jede in mehrfacher Anzahl bezüglich eines und desselben Nachlasses zusammentreffen können. Zachariä, Bd. IV. §. 711.

Duranton XIX. No. 189.
Troplong, priv. I. No. 239 2e Note (2). No. 315. donat. II. No. 2307.
Dalloz, priv. XXXVII. No. 442.
Aubry et Rau II. S. 635, VI. S. 231.
Pont, priv. S. 178 No. 206.
Sirey 49. 1. 487. — 51. 2. 305. — 55. 2. 699. — 57. 2. 688. — 61. 1. 977.
Gilbert, supplément zu Art. 2103 No. 16 und die dort angeführten Schriftsteller.

Auch **Zachariä**, indem er Bd. II. S. 95 Note 10 bezüglich dieser Frage auf **Hilgard** a. a. O., der die Frage bejaht, verweist, scheint dadurch die allgemeine Ansicht zu billigen.

Das Vorzugsrecht der Miterben und anderer Miteigenthümer, das sie nach geschehener Theilung an den Liegenschaften haben, welche der Gegenstand der Theilung waren, steht ihnen theils wegen der **Gewährleistung**, theils wegen des von Einem derselben an den Anderen zu entrichtenden **Aufgeldes** (Gleichstellungsgeldes) zu. Die Gründe, aus welchen auch bei **elterlichen Theilungen** jenes Vorzugsrecht nach beiden bezeichneten Richtungen von den Schriftstellern und den Gerichten allgemein anerkannt wird, sind folgende:

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß sich das Vorzugsrecht jedenfalls auf das **Aufgeld** bezieht, weil die Absicht des Elterntheils, welcher die Theilung vorgenommen hat, dahin gerichtet ist, daß das Kind, dem er das Aufgeld zugewiesen, dasselbe auch bezahlt erhalte. Zweifel kann nur bezüglich der **Gewährleistung** bestehen, weil man sagen könnte, daß die elterlichen Theilungen häufig Begünstigungen unter den Kindern bezwecken; daß der Theilende demjenigen Kind habe weniger zuwenden wollen, welchem er einen der Entwährung ausgesetzten Gegenstand zugetheilt hat, daß aber dieses Kind sich nur beschweren könnte, wenn ihm nicht einmal sein Vorbehalt verbleiben würde, und nur in soweit ihm dieser entzogen würde, hätte es gegen die anderen Theilungsgenossen eine Klage auf Gewährleistung mit dem damit verbundenen Vorzugsrecht. Allein dieses Räsonnement ist falsch. Man muß vielmehr sich dahin entscheiden, daß die Gewährleistungspflicht und das Vorzugsrecht wegen derselben gesetzlich festgestellt sind (L.R.S.S. 884—886. 2103 No. 3), daß das letztere die Erreichung des, jeder Theilung zum Grunde liegenden Prinzips der **Sicherung** aller Mitbetheiligten bezüglich der ihnen durch die Theilung zugefallenen Antheile bezweckt, — ein Prinzip, welches auch für die Verfügungen der Eltern und Ahnen gilt, sobald eine **wirkliche Theilung** unter ihre Nachkommen (L.R.S.S. 1075 ff.) beabsichtigt ist; Gewährleistung und Vorzugsrecht wegen derselben müssen daher überall eintreten, wo sie nicht durch eine Bestimmung des theilenden Ascendenten ausdrücklich ausgeschlossen werden. Diese Theilungen, wenn gleich sie in der Form von Schenkungen unter Lebenden oder auf den Todesfall bewirkt werden, kann man doch nicht als gewöhnliche Schenkungen betrachten; sie haben vielmehr **unter den Kindern**[6]) den Charakter wirklicher Theilungen, auf **alle Theilungen** bezieht sich aber die Bestimmung des L.R.S. 2103 No. 3 und schließt keine Art derselben aus, den elterlichen Theilungen kommen daher auch die Wirkungen der gewöhnlichen Theilungen zu, sie sind insbesondere der Anfechtung wegen Verkürzung über ein Viertheil unterworfen, wie die anderen Theilungen (L.R.S.S. 887. 1079), und gerade hieraus ergibt sich auf überzeugende Weise, daß das Gesetz dieselben unter die Regeln, welche von den **Theilungen** gelten,[7]) stellt und nicht nach den Grundsätzen über **Schenkungen** oder **Legate**, bei welchen eine Verkürzungsklage undenkbar ist, beur-

---

[6]) Geschieht die elterliche Theilung mittelst einer Schenkung **unter Lebenden**, so hat sie einen doppelten Charakter, indem sie zwar **unter den Kindern** ebenfalls nur als **Theilung** erscheint, dagegen in dem Verhältniß **zwischen dem theilenden Ascendenten und den beschenkten Kindern** als eine eigentliche Schenkung sich darstellt, welche nach den L.R.S.S. 953 bis 966 dem Widerruf unterliegt, — was sich selbstverständlich auf die, mittelst Schenkung **auf den Todesfall** bewirkten Theilungen nicht anwenden läßt.

[7]) Ist die elterliche Theilung in der Form einer Schenkung **unter Lebenden** bewirkt worden und daher der **theilende Elterntheil** nach den L.R.S.S. 953. 954. 956 wegen unerfüllt gebliebener Auflagen zum Widerrufe derselben berechtigt, so kann gleichwohl nach dessen Tode dasjenige der Kinder, welchem das ihm zugetheilte Gleichstellungsgeld nicht bezahlt worden ist, und welches das ihm dafür zustehende Vorzugsrecht nicht nach Vorschrift des L.R.S. 2109 gewahrt hat, nicht etwa die Widerrufsklage wegen unerfüllt gebliebener Auflagen als Erbe des Schenkgebers anstellen, weil die Kinder **unter und gegen einander nur** als **Theilungsgenossen** in Betracht kommen, in welcher Eigenschaft sie **nur** das nach L.R.S. 2109 zu wahrende Vorzugsrecht des L.R.S. 2103 No. 3 haben, nicht aber statt dessen im Falle, wo sie es durch Unterlassung des rechtzeitigen Eintrags verloren gehen ließen, die Widerrufsklage wählen können, da diese einem **Theilungsgenossen** nicht zusteht. **Sirey**, 61. 1. 977.

theilt wissen will. Endlich wäre es höchst inconsequent, wenn die Vertheilung einer Erbmasse verschiedene Wirkungen hervorbringen sollte, je nachdem sie durch die Erben selbst oder durch den Erblasser vorgenommen wird.

Der vorliegende Fall steht in den entscheidenden Beziehungen einer elterlichen Theilung ganz gleich. Auch bei der letzteren ist unter den Kindern niemals eine Gemeinschaft vorhanden; unmittelbar vom Erblasser gehen die von ihm gefertigten Loose in das Alleineigenthum der betreffenden Kinder über, ohne daß irgend ein Schritt, der eine Theilung enthält oder eine solche vertritt, außerdem noch vorzunehmen ist, daher auch jener unmittelbare Uebergang ohne Beihilfe der Fiktion des L.R.S. 883, sondern in Wahrheit eintritt, — und dennoch werden die Kinder als Miterben angesehen, auf welche die Bestimmung des L.R.S. 2103 No. 3 Anwendung findet, und zwar nicht nur wegen der Erbgleichstellungsgelder, sondern auch wegen der Gewähr der Loose. Gerade so hat im vorliegenden Falle der Erblasser in gesetzlich gültiger Weise die Theilung zwischen den Personen, welchen er seinen Nachlaß zuwendet, selbst vorgenommen, indem er dem einen Theil ein Universalvermächtniß gemacht hat, bestehend in seinem ganzen Vermögen, mit Ausnahme von 1000 fl., woran demselben nur die Nutznießung zustehen solle, — und indem er den Rest seines Vermögens, bestehend im bloßen Eigenthum an einer Geldforderung von 1000 fl., weil er hierüber gültig nicht verfügt hat, seinen gesetzlichen Erben überließ. Auch hier wird man sagen müssen, die Absicht des Erblassers war, übereinstimmend mit dem Grund des L.R.S. 2103 No. 3, daß seine gesetzlichen Erben nach dem Tode der nutznießungsberechtigten Ehefrau den Antheil, welchen er ihnen überlassen, auch wirklich erhalten sollen, und daß diese Absicht des Erblassers erreicht wird, dafür gewährt die gesetzliche Bestimmung des L.R.S. 2103 No. 3, verglichen mit dem L.R.S. 2109 und bezw. 2113 die entsprechende Sicherheit. —

Das Oberhofgericht hat auch in seiner Mehrheit das Urtheil des ersten Rechtszuges wieder hergestellt aus nachstehenden Entscheidungsgründen:

„Die Oberappellationsbeschwerde der Beklagten erscheint als begründet. Die Anwendbarkeit des L.R.S. 2103 No. 3 setzt voraus, daß Miterben, also mehrere Erben vorhanden sind. An diesem Erforderniß gebricht es im vorliegenden Fall nicht, indem die Klägerin in Folge der Bestimmung No. III. ihres Ehevertrags als vertragsmäßige, die Beklagte aber, welche als Dritte aus diesem Vertrage keine Rechte ableiten kann, lediglich als gesetzliche Erbin zum Nachlaß des Johann Naufer berufen ist; als solche trat sie nach L.R.S. 724 in Besitz und Gewähr dieses Nachlasses. —

Durch jene Bestimmung des Ehevertrags ist der Beklagten die Eigenschaft einer Erbin nicht entzogen, und dieselbe insbesondere nicht in die Kategorie einer Erbschaftsgläubigerin versetzt worden, da ihr Recht nicht schon gegen die Person des Erblassers bestanden hatte, sondern erst mit seinem Tode entstanden ist.

Als gesetzliche Erbin mußte sie vor Allem bezüglich der ihr zukommenden 1000 fl. befriedigt, beziehungsweise gesichert sein und hat sie zu diesem Zweck auf das Vorzugsrecht des L.R.S. 2103 No. 3 Anspruch. Es steht nicht entgegen, daß eine weitere Theilung des Nachlasses unter die Erben nicht nöthig fiel, dadurch daß der Erblasser im Ehevertrag in erlaubter Weise dem klagenden Theil sein ganzes Vermögen, mit Ausnahme des bloßen Eigenthumsrechts an 1000 fl. zuwendete, hat er selbst diejenige Anordnung getroffen, welcher die Natur einer Theilung zukommt, und welche daher auch alle Wirkungen einer solchen äußern muß, da sie an die Stelle derjenigen Theilung tritt, durch welche in Fällen, wo nach dem Tode des Erblassers unter mehreren Personen eine Gemeinschaft bezüglich seines Nachlasses besteht, diese Gemeinschaft aufgehoben wurde.

Wenn es sich in dem vorliegendem Falle auch nicht um ein Gleichstellungsgeld handelt, das ein Erbe dem andern schuldet, so trifft jedenfalls der Grund und Zweck des Gesetzes — Sicherstellung des Erben durch ein Vorzugsrecht auf sämmtliche im Nachlasse befindliche Liegenschaften, — hier vollkommen ein.

Mag daher der Erblasser selbst die Theilung vornehmen oder mag dieselbe erst nach seinem Tode unter den Betheiligten vorgenommen werden, — für beide Fälle muß die Bestimmung des L.R.S. 2103 No. 3 Anwendung finden, und sie gewährt die entsprechende Sicherheit, insofern dieses Vorrecht nach L.R.S. 2109 gewahrt worden ist; sie verleiht nach L.R.S. 2113 durch Eintrag in das Pfandbuch wenigstens ein vom Tage des Eintrags wirksames Unterpfandsrecht. Es war mithin der Beklagten statt des Vorzugsrechts des L.R.S. 2103 No. 3, da dieses nicht durch einen Eintrag in das Grundbuch, wie L.R.S. 2109 vorschreibt, gewahrt worden ist, das durch Eintrag in das Pfandbuch erworbene Unterpfandsrecht des L.R.S. 2113 als zu Recht bestehend anzuerkennen und hiernach das erstinstanzliche Urtheil wieder herzustellen. Die Entscheidung wegen der Kosten stützt sich auf §. 170 der Pr.O." [*]) Selb.

[*]) Die Minorität hielt die Eigenschaft eines Miterben nicht für genügend, um das Vorzugsrecht des L.R.S. 2103 No. 3 zu begründen, es müsse eine Gemeinschaft an den Gütern der Erbschaft vorausgegangen, und diese durch Theilung aufgehoben worden sein. Die Beklagte habe aber nach Maaßgabe des betreffenden Ehevertrags niemals einen Antheil an den Grundstücken der Erbschaft gehabt, sondern nur einen Anspruch auf eine bestimmte Summe erworben, welche ihr — soweit die Erbschaft reiche — unbedingt und ohne alle Theilung auszufolgen sei.

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Juni 1868. No. 5.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 5.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Juni 1868.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Donnerstag den 4. Juni.	
139	Hänsler gegen Rapp. — Forderung.	Gernandt. — Bracht.
37	Oberlauda gegen Apfel. — Waidrecht.	Wedekind. — Hörst.
	Dienstag den 9. Juni.	
30	Sutter gegen Sutter. — Vermögensabsonderung. . . .	Fürst. — Süpfle.
29	Fiscus gegen Schumann. — Zwangsabtretung. . . .	v. Engelberg. — Mays.
	Dienstag den 16. Juni.	
54	Sulzbach gegen Binzer. — Gantausbruchtermin. . . .	A. Gutmann. — Kusel.
18	Graf gegen Keppel. — Gant. Vorzug.	Wedekind. — Grimm.
	Donnerstag den 18. Juni.	
14	Bloch gegen Mayer. — Forderung.	Scholl. — Bodenheimer.
28	Häfeli-Guyer gegen Reiher. — Schadensersatz. . . .	Eller.
	Dienstag den 23. Juni.	
40	Stern gegen Fath. — Pfandstrich.	Fürst. — Bracht.
49	Seiler gegen Seiler-Bierling. — Forderung.	Friedmann. — Gernandt.
	Donnerstag den 25. Juni.	
19	Eisen gegen Gmeiner. — Rechnungsstellung.	Kusel. — Burg. — Hink.
	Dienstag den 30. Juni.	
27	Götz gegen Hierlinger. — Gesellschaftsliquidation. . . .	Eller. — v. Wänker.
42	Hierlinger gegen Götz. — Vermächtnißausfolgung. . . .	Eller. — v. Wänker.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 9.

62.

Die beiderseitige Uebereinstimmung, einen Vertrag wieder aufzugeben, kann auch stillschweigend zu erkennen gegeben werden. L.R.S. 1134 Abs. 2, 1108 a.

Annalen XXV. S. 236.

In Sachen
des Adam Grieshaber von Furtwangen, Klägers, Appellanten, Oberappellanten
gegen
Ochsenwirth Elias Kienzler von Rohrhardtsberg, Beklagten, Appellaten, Oberappellaten,
Vertragserfüllung betr.

Der Kläger war durch die Urtheile der vordern Instanzen mit der erhobenen Klage abgewiesen worden, indem die Einrede des Beklagten, daß der Kaufvertrag vom 11. März 1849 mit beiderseitiger Einwilligung der Parteien wieder aufgelöst worden sei, als begründet erschien.

In dritter Instanz erging am 6. November 1866 ein bestätigendes Urtheil aus folgenden

Gründen:

Die Aufhebung eines zweiseitigen Vertrags kann, wie dessen Eingehung, nicht blos ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen. Hiezu genügt zwar nicht, daß beide Theile die Erfüllung des Vertrags längere Zeit hindurch unterlassen, sondern es müssen noch weitere Umstände hinzutreten, aus welchen die Uebereinstimmung derselben, dem Vertrag keine Wirksamkeit mehr beilegen zu wollen, mit Sicherheit gefolgert werden kann. An solchen Umständen fehlt es aber in dem vorliegenden Falle nicht.

Bei dem Abschluß des fraglichen Kaufs ging die Absicht der Vertragspersonen offenbar dahin, daß derselbe sofort in Vollzug gesetzt werde, was insbesondere aus der Beschaffenheit der mitverkauften Fahrnisse und auch daraus hervorgeht, daß der Kläger nur wenige Tage nach dem Zustandekommen des Vertrags eine Klage auf dessen Erfüllung erhoben hat.

Obgleich nun Kläger durch das darauf ergangene rechtskräftige Urtheil vom 5. Juli 1850 in die Lage gesetzt war, die Uebergabe der erkauften Liegenschaften und Fahrnisse gegen Zahlung des dafür bedungenen Kaufpreises schon damals zu verlangen und dadurch den beabsichtigten alsbaldigen Vollzug des Kaufs herbeizuführen, hat er hierwegen bis zur Erhebung der vorliegenden Klage, demnach über 15 Jahre, keine Schritte gethan, sondern den Beklagten im Besitz und vollständigen Genuß der Kaufobjekte belassen; er hat ferner ruhig zugesehen, daß dieser durch Beschwerung der Liegenschaft mit Vorzugs- und Unterpfandsrechten wie ein Eigenthümer darüber verfügte, während ihm bei der Offenkundigkeit dieser Vorgänge Gelegenheit gegeben war, davon Kenntniß zu nehmen und seine vertragsmäßigen Rechte zu wahren; er hat endlich ohne Einsprache zu erheben, geschehen lassen, daß nach dem Ableben der Ehefrau des Beklagten die Kaufobjekte als Gegenstand der Theilung zwischen Letzterem und den Erben der Erstern behandelt worden sind, obwohl auch diese Thatsache ihm nicht wohl unbekannt geblieben sein konnte.

Obiges Verhalten beider Theile, wozu noch kommt, daß der Kläger zugestandenermaaßen in den, der gegenwärtigen Klage vorausgegangenen 15 Jahren nie im Stande sich befunden hat, den Kaufvertrag erfüllen zu können, — rechtfertigen auf Grund der Bestimmungen des L.R.S. 1108 a und b vollkommen die Unterstellung, daß jener Vertrag mit beiderseitiger Uebereinstimmung wieder aufgegeben worden ist. Dem steht nicht entgegen, daß L.R.S. 1108 b von einer zur Annahme reifen Erklärung spricht, weil — abgesehen von einer solchen — die stillschweigende Einwilligung auch durch sonstige zusammentreffende concludente Handlungen geschehen kann, wie sich dieses insbesondere aus bezüglichen Bestimmungen des Landrechts in den Sätzen 1338. 1738. 2180 a und andern zur Genüge ergibt.

Red.

63.

Privatanklageverfahren.

(Fortsetzung von Annalen 1865 No. 25 S. 197.)

§. 2.

Anklagerecht. Anklageverfahren. Oeffentlicher — Privatankläger.

Verschieden von der in §. 1 bereits beantworteten Frage, wem aus einer verbrecherischen That, abgesehen von civilrechtlichen Ansprüchen, ein Klagerecht (öffentliche Klage, Strafklage) erwachse — Legitimation zur Sache, — ist die weitere Frage, wem das Anklagerecht im weiteren Sinne, d. i. die gerichtliche Verfolgung des aus dem Verbrechen entstandenen Rechts auf Bestrafung gesetzlich zustehe, durch wessen Antrieb das Gericht zum Einschreiten berechtigt und verpflichtet wird m. a. W. die Frage nach der Legitimation zum Prozesse.

Bei Vergehen, welche nur auf Privatanklage verfolgt werden, steht dieses Recht (Anklagerecht in der engeren eigentlichen Bedeutung) nach §. 3 der Str.P.O. — dem Verletzten oder seinem gesetzlichen Vertreter zu und nur ausnahmsweise dem Staatsanwalte, dem übrigens in allen Fällen in gewissem beschränkten Maaße ein Einwirkungsrecht gewahrt ist. §. 328 der Str.P.O.

Bezüglich der übrigen Vergehen steht dieses Recht in der Regel (s. jedoch §. 262–264 der Str.P.O.) ausschließlich der Staatsanwaltschaft (oder stellvertretenden Verwaltungsbehörde) zu, einer Behörde, welcher das Recht und die Obliegenheit zukommt, das Klagerecht des Staates — als eigentlichen Anklägers — im Interesse der Aufrechthaltung der Rechtsordnung ständig zu vertreten. [1])

Obwohl diese Klagerhebung nicht seinem freien pflichtmäßigen Ermessen anheim gestellt ist, — da seine Thätigkeit theils durch Anzeige oder Ermächtigung oder Genehmigung eines Dritten zurückgehalten, theils durch Weisung der obersten Justizverwaltungsbehörde oder Raths- und Anklagekammer hervorgerufen wird, — so bildet doch der Antrag des Staatsanwalts die nothwendige Voraussetzung der gerichtlichen Verfolgung bei Vermeidung der Nichtigkeit. §. 373 der Str.P.O. [2]) —

Unabhängig von dem Anklagerechte ist das Anklageverfahren, d. i. jener Strafprozeß, der hinsichtlich der Ausmittlung und Sammlung der zur sicheren und gerechten Urtheilsfällung nöthigen Materialien auf dem Grundsatze der Selbstthätigkeit der Parteien beruht.

Zum Wesen des reinen Anklageverfahrens gehören:

1) Zwei von einander unabhängige und im Prinzip gleichberechtigte Partieen mit entgegengesetztem Interesse, von denen die eine (Ankläger) die Strafverfolgung kraft ihrer Ermächtigung hiezu betreibt, die andere (Angeklagter) zur Rechtsvertheidigung befugt und verpflichtet ist.

   Die Entstehung und die Art der Durchführung des Prozesses hängt von der beiderseitigen Thätigkeit ab, beide Theile verfügen über das dem Richter zu unterbreitende Material, indem sie nach ihrem Ermessen davon Gebrauch machen oder nicht; —

2) Ein Gericht, dessen Thätigkeit durch die bezüglichen Anträge der Partieen bedingt ist, das zur Sammlung der Materialien nur beim Mangel zureichender Kräfte des Einzelnen (z. B. bei beantragter Haussuchung, Sicherheitsarrest) zur Erreichung des Zweckes mitwirkt, im Uebrigen aber sich lediglich auf die Beurtheilung der vorgelegten Materialien beschränkt. [3])

   Daraus folgt, daß unser regelmäßiges Strafverfahren ein Untersuchungsprozeß mit Anklageformen, und daß auch das Privatanklageverfahren

---

[1]) Sie ist keine Partei, verfolgt keine Parteizwecke, sondern ein mit dem Gerichte gemeinsames Endziel (§. 4 des Str.P.O.) innerhalb der Grenzen der ihr zukommenden Befugnisse. — Der Staatsanwalt erfüllt mit der Strafverfolgung seine Amtspflicht, der Privatankläger macht damit das seiner beliebigen Verfügung unterstehende Recht auf Privatgenugthuung geltend, — daher dem Letzteren arg. a maj. ad minus im Zweifel alle Rechte des St.A. zustehen.

[2]) Auch §. 60 der Str.P.O., der sich übrigens nicht auf die Anklageverbrechen des §. 3, im Uebrigen aber auf alle, auch die sog. Antrags- oder Anzeigeverbrechen erstreckt, bildet keine Ausnahme von dieser Regel, da in den Fällen jenes §. 60 der Antrag des St.A. präsumirt wird, ähnlich wie das Einschreiten der Polizeibehörden in den Fällen der §§. 49. 50. 53 der Str.P.O. auf einem präsumtiven richterlichen Auftrag beruht. Vergl. §. 9 des G.G. vom 5./2. 51. §. 54 der Str.P.O., §. 6 der Instruction für Amtsrichter.

[3]) Dadurch erhält dieser Strafprozeß die Gestalt eines Civilrechtsstreites, unterscheidet sich aber immerhin wesentlich von letzterem durch Gegenstand, Gerichtsbarkeit und Zuständigkeit, Zwangsmittel, Beweismittel und Beweisverfahren, Beweiskraft, Inhalt des Urtheils und dessen Folgen u. s. w. —

nicht den Grundsätzen des Anklageverfahrens nach allen Seiten hin entsprechend durchgeführt ist.[4]) —

§. 3.

Anklagevergehen. Bürgermeisteramtsgerichtsbarkeit. Sühneversuch.

Die Vergehen, bei welchen das Ankl.Verf. stattfindet, sind nach §. 3 der Str.P.O.:

1) Falsche Beschuldigung, Verläumdung und Ehrenkränkung (§. 284—325 des Str.G.B.);
2) Selbsthilfe (§. 279 des Str.G.B.);
3) Gewaltthätigkeit (278 des Str.G.B.);
4) Körperverletzung, wenn dadurch weder ein bleibender Schaden noch Krankheit noch Arbeitsunfähigkeit[5]) verursacht wurde (§. 227. 232 Ziff. 4) und fahrlässige Körperverletzung (§. 237 des Str.-G.B.), vorbehaltlich des Rechts der Polizeibehörde nach §. 238 des Str.G.B.;
5) Gebrauch fremder Waarenstempel oder Fabrikzeichen (§. 444 des Str.G.B.);
6) Verrath von Fabrikgeheimnissen (§. 544 des Str.-G.B.);
7) Eröffnung und Wegnahme fremder Briefe oder anderer versiegelter Urkunden (§. 545 des Str.-G.B.);
8) Nachdruck.

Bevor wir zur Darstellung der, allen Anklagevergehen gemeinsamen Vorschriften des Verfahrens übergehen, sei — ihres Zusammenhangs wegen — zweier Eigenthümlichkeiten gedacht, von denen die eine sich auf Ehrenkränkungen, die andere auf Ehrenkränkung, unerlaubte Selbsthülfe und Körperverletzung Ziff. 4 oben beschränkt.

[4]) Die über das Privatanklageverfahren geltenden Grundsätze sind nicht vollständig in Tit. 21 der Str.P.O. zusammengestellt; sie sind theilweise zerstreut in verschiedenen Gesetzen, theils bedürfen sie der Ergänzung. In letzterer Beziehung ist das in Folge ergriffener Rechtsmittel vorgeschriebene Verfahren — §. 373 ff. der Str.P.O. — vorzugsweise zu benützen, da jenes Verfahren wesentlich auf dem Grundsatze des Anklageverfahrens beruht. Vergl. auch Note auf S. 130.

[5]) Ob die Fälle der blosen Arbeitsbeschränkung oder der weniger als zwei Monate andauernden Berufsarbeitsunfähigkeit hierher gehören? Für Bejahung Annalen 1855 S. 278. Für die Verneinung (wornach jene Fälle unter §. 225 Ziff. 5 und 232 Ziff. 3 des Str.G.B. gehören und von Amtswegen zu verfolgen sind): Erkenntniß des Kreisgerichts Offenburg (Raths- und Anklagekammer) vom 2. Dezember 1857, No. 2090. —

Beide Vorschriften fanden durch Aufnahme in die 1845 publicirte, jedoch nicht ins Leben getretene Gerichtsverfassung vom 6. März 1845 erstmals ihren Eingang in die badische Gesetzgebung.

Vergl. Thilo Strafges. II. Thl. S. 139 ff.

1) Nach §. 40 der G.V. sind nämlich Anklagen wegen Ehrenkränkung, wenn beide Theile in der nämlichen Gemeinde wohnen und unter der Gerichtsbarkeit des Bürgermeisters stehen, nur zuläßig nach vorherigem Versöhnungsversuch vor dem Bürgermeister.

Der den Ständen im Jahr 1843 vorgelegte Entwurf einer Gerichtsverfassung hatte nämlich auch in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in den §§. 48 — 66 zwangsweise örtliche Vergleichsgerichte in Aussicht genommen, vor welchen auch bei Ehrenkränkungen ein Versöhnungsversuch dem Strafverfahren vorausgehen sollte.[6])

Thilo a. a. O. S. 417.

Die I. Kammer trat jedoch diesem durch die II. Kammer modificirten Entwurfe nicht bei, weßhalb in dem Gesetze über G.V. von 1845 zwar nicht das Institut der Vergleichsgerichte im Ganzen, wohl aber der §. 32 des Entwurfs als §. 73 (mit der Aenderung, daß der Bürgermeister statt des Vergleichsgerichts mit dem Sühneversuch beauftragt wurde) Aufnahme fand, und sofort wörtlich als §. 33 in das E.G. vom 5. Februar 1851 und als §. 40 in die neueste G.V. von 1864 überging. —

So herausgerissen aus seinem ursprünglichen Verbande erscheint §. 40 der G.V. — ein Bruchstück des projektirten Instituts der Vergleichsgerichte — nach seinem jetzigen Bestande allerdings als eine abnorme Vorschrift, in so fern dadurch der unmittelbare Zutritt zum Richter durch die — selbst in Civilsachen nicht gebotene Vorstufe einer Vermittlungsinstanz gesperrt ist. —

Zweck der Vorschrift ist die Erhaltung und Wiederherstellung des Friedens unter Gemeindeangehörigen mittelst Ausgleichung der so zahlreichen, oft übereilten Beleidigungen auf einfache, nicht kostspielige Weise durch einen Vertrauensmann und sie hat sich in der That als Mittel hiezu in der Praxis vortrefflich bewährt.

[6]) Das Vergleichsgericht in den Gemeinden sollte aus wenigstens 2 durch die Wahl und Vertrauen der Mitbürger zu diesem Amte auf 2 Jahre berufenen Ortseinwohnern bestehen, dagegen dem Ermessen der Betheiligten und des angerufenen Vergleichsrichters anheim gestellt sein, ob der Sühneversuch von einem oder mehreren Gerichtsmitgliedern vorgenommen werden soll. —

Sie findet — nach bekannten Auslegungsregeln — nur Anwendung auf Ehrenkränkungen [7]), ist im öffentlichen Interesse gegeben und der Richter hat daher die Einleitung der Untersuchung so lange zu verweigern, beziehungsweise die etwa aus Uebersehen eingeleitete so lange einzustellen, als deren Beobachtung durch das vorzulegende oder auf Antrag durch das Gericht zu erhebende Bürgermeisteramtszeugniß nicht nachgewiesen ist.

§. 321. 303 der Str.P.O. Amann hiezu.

Daß der Ankläger nicht, etwa durch Ausbleiben in der Versöhnungstagfahrt, diese Vorschrift umgeben darf, ist anerkannt; erscheint er nicht, so beruht die Sache und er hat nach allgemeinen Grundsätzen die Kosten zu tragen.

Beim Ausbleiben des Angeklagten dagegen wird — nach gewöhnlicher Ansicht — dessen Weigerung zur Aussöhnung unterstellt und der Anklage sofortiger Eingang beim Gerichte gestattet.

Amann zu §. 40 der G.V.
Hofgericht Mittelrheinkreis A.S. Bl. gegen v. B. 1861.

Bestrittener ist die Frage, wie es zu halten sei, im Falle der Bürgermeister selbst z. B. als Ankläger oder Angeklagter in einer Weise betheiligt ist, die ihn zur Ausübung des Vermittleramtes unfähig macht oder Ablehnung begründet.

Nach der einen Ansicht läßt man in solchem Falle den §. 40 der G.V. ganz außer Anwendung, nach der andern hat der Stellvertreter des Bürgermeisters einzutreten.

Wenn man erwägt, daß das Wort „Bürgermeister" wie gewöhnlich so auch in §. 40 der G.V. nur den zur Ausübung des Bürgermeisteramtsdienstes jeweils berufenen Gemeindebeamten bezeichnet, daß die Absicht des Gesetzes bei allen Ortseinwohnern ohne Unterschied zutrifft, daß daher die im Gesetze angegebenen Ausnahmen strict auszulegen sind, daß die zur Erreichung des wahren Zweckes des Gesetzes geeigneten, im Allgemeinen zulässigen Mittel ihre gesetzliche Sanction in sich selbst tragen, daß übrigens auch die folgenden Gesetzesstellen das in ähnlichen Fällen statthafte Verfahren enthalten, so muß man sich für die letztere Ansicht als die richtigere und jedenfalls als die zweckmäßigere entscheiden und es wird also in solchem Falle jeweils der dienstälteste Gemeinderath und bei Betheiligung sämmtlicher Gemeinderathsmitglieder ein vom Amtsrichter zu ernennendes geeignetes Gemeindemitglied z. B. der Obmann des Ausschusses, an Stelle des Bürgermeisters zu funktioniren haben.

§. 33 der G.O. und hiezu Fröhlich No. 3 und zu §. 95 der G.W.O. S. 54. 409 arg. §. 24. 29 Abs. 2. 30. 35 der Str.P.O.

Aus der Natur der Sache folgt, daß der Sühneversuch wegfällt, wenn die Staatsanwaltschaft an Stelle eines verletzten Ortseinwohners die Anklage nach §. 328 der Str.P.O. erhebt, da sie selbstständig in Verfolgung des ihr zustehenden Anklagerechts handelt.

2) Nach §. 39 der G.V. können die Anklagen wegen Ehrenkränkungen und unerlaubter Selbsthülfe, sowie die Anklagen wegen Körperverletzungen, die weder einen bleibenden Schaden, noch Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben, von dem Verletzten auch vor dem Bürgermeister erhoben werden, die Fälle ausgenommen, wo sie gegen Standes- oder Grundherrn, oder gegen Staatsdiener, Geistliche, Schullehrer, standes- oder grundherrliche Beamte oder Förster wegen eines in ihrem Dienstbezirke verübten Vergehens gerichtet sind. Der Bürgermeister kann auf solche Anklagen keine höhere Strafe erkennen, als einen Verweis, eine Geldstrafe bis zu 5 fl. oder Gefängniß bis zu 48 Stunden. Er hat das Erkenntniß schriftlich zu erlassen und es findet dagegen die Beschwerde innerhalb 8 Tagen an das Amtsgericht statt. —

Zweck dieser Vorschrift ist, wie die bezüglichen Motive uns lehren, die Erledigung solcher für das öffentliche Wohl geringfügiger Sachen auf dem kürzesten und mindest kostspieligen Wege durch den Bürgermeister — und folgeweise die große Erleichterung und der bedeutende Vortheil für den Angeklagten.

Thilo a. a. O. S. 429. 440./41.

Der Ankläger hat die Wahl, seine Anklage in jenen Fällen bei dem Bürgermeister zu erheben oder beim Amtsgerichte; ersterenfalls verzichtet er auf eine 2 Tage Arrest oder 5 fl. Geld übersteigende Strafe. Sein Wahlrecht erlöscht und der Bürgermeister wird für die Sache fortdauernd bis zu ihrer Erledigung zuständig

[7]) Also nicht bei den hinsichtlich des Thatbestandes ganz verschiedenen falschen Beschuldigungen und Verleumdungen, obwohl auch bei letzteren Anklagen im Hindlick auf §. 290 des Str.G.B., §. 318 Abs. 2, §. 322 Abs. 3 der Str.P.O. ein Sühneversuch rathsam ist, da regelmäßig ein eventueller Antrag auf Bestrafung wegen Ehrenkränkung gestellt wird.

durch Anbringung der Anklage vor dem Bürgermeister zum Zweck und mit dem Antrag auf deren Untersuchung und Bestrafung. §. 12 der Str.P.O. —

Ueber Stellvertretung gilt das unter Ziff. 1 Gesagte.

Die einzige Förmlichkeit des Verfahrens besteht darin, daß das Urtheil schriftlich zu erlassen ist, — in allem Uebrigen verfährt der Bürgermeister nach freiem Ermessen, obwohl es immerhin für ihn rathsam sein wird, die Zeugen handgelübdlich zu Protokoll zu verpflichten.

Gesetz vom 19./4. 56 Reggsbl. No. 16.

Ist die achttägige Frist zur Anbringung der Beschwerde gegen das Erkenntniß des Bürgermeisters versäumt, so findet dagegen nur die Wiederherstellung nach §. 156 der Str.P.O. statt. Das Erkenntniß ist sonach der Rechtskraft empfänglich. — Daß dem Bürgermeister in den Fällen des §. 39 der G.V. eigentliche Gerichtsbarkeit (nicht blos Vermittleramt) verliehen ist, so daß also sein Erkenntniß die Wirkung eines für alle Betheiligten verbindlichen Ausspruchs hat, kann nach dem klaren Wortlaute der Ueberschrift des Titels VI. und des §. 39 der G.V. und nach den Motiven hiezu nicht bezweifelt werden.

Vrgl. Thilo a. a. O. S. 429. 375./76.
Jahrb. f. b. R. S. 503 (E. Brauer).

Welche Natur und Wirkung hat aber diese Beschwerde; welches Verfahren ist dabei zu beobachten?

Das Gesetz entscheidet diese Fragen nicht speciell und sie werden daher auch sehr verschieden beantwortet.

Vrgl. Annalen 1865 S. 1 ff.
" 1866 S. 279.
" 1867 S. 330.
Wochenschrift f. R. u. V. S. 78.
Jahrb. f. b. R. S. 503.

Dennoch werden sich aus der Entstehungsgeschichte des §. 39 der G.V., aus den Motiven hiezu und aus einer Vergleichung der übrigen einschlägigen Gesetzesstellen Anhaltspunkte für richtige Beantwortung dieser Fragen ergeben.

a) Die Gerichtsverfassung von 1845 §. 71. III. Titel von der Strafgerichtsbarkeit — bestimmt, daß in den Fällen des §. 71 gegen die Erkenntnisse des Bürgermeisters die Beschwerdeführung nach Vorschrift §. 17. 16 des G.V. an das Amtsgericht stattfindet. Gemäß §. 17 und 16 der G.V. aber hat das Amtsgericht die Beschwerde in den für Beschwerdeführung nach Tit. 48 (jetzt 44) der bürgerl. Pr.O. bestimmten Formen zu erledigen, jedoch so weit nöthig, nach vorheriger Ergänzung der Verhandlungen.

Dieser §. 71 ging seinem wesentlichen Inhalte nach — jedoch mit Weglassung der Verweisung auf §. 16. 17 der G.V., da diese im Uebrigen nicht ins Leben trat — als §. 32 mit der Begründung, daß dieser dem §. 71 der G.V. von 1845 entspreche, in das Einf.Ges. von 1851 und dann mit unwesentlichen Redaktionsverbesserungen und ohne jede weitere Begründung als §. 38 in die neueste G.V. über.

Schon aus dieser Uebertragung der gleichen Vorschrift aus der Gerichtsverfassung von 1845 in jene von 1851 und weiter von 1864 unter Hinweisung auf die Quelle ist zu entnehmen, daß, wie der Inhalt und die Absicht des Gesetzes, so auch das Mittel zu ihrer Verwirklichung dasselbe in der neuesten Gesetzgebung geblieben ist.

Für Letzteres spricht aber noch besonders die Beibehaltung des Wortes „Beschwerde," dem eine technische Bedeutung in unserem Strafverfahren zukommt. Es bezeichnet nämlich überall das Rechtsmittel der Beschwerdeführung, das — ein Gegensatz zum Rekurse und zur Richtigkeitsbeschwerde — als ein subsidiäres, gegen Beeinträchtigungen von jederlei Rechten und auf alle Arten der Gerichte anwendbares Rechtsmittel im Systeme erscheint und das in besonderen Fällen auch gegen Erkenntnisse gegeben ist, denen die Wirkung von Endurtheilen zukommt. Vergl. §. 212 mit 206 Ziff. 1–3, §. 257 a. E., §. 294. 303. 321. 360. 411. Amann zu §. 206 No. 6 und zu §. 412. — Zu den letzteren Fällen ist auch §. 39 der G.V. zu rechnen. Wie die technische Bezeichnung, so spricht auch weiter dafür die ganze Bearbeitung, welche die Lehre von den Rechtsmitteln in unserem Strafverfahren erfahren hat, so daß man wohl sagen darf: wenn — was man nach dem bisher Angegebenen nicht bezweifeln wird — gegen das Erkenntniß des Bürgermeisters ein Rechtsmittel im Allgemeinen zuläßig sein muß, so kann dieses nur die Beschwerdeführung sein, da Recurs- und Richtigkeitsbeschwerde Urtheile des Amtsgerichtes, beziehungsweise des Kreis- oder Schwurgerichts voraussetzen.

b) Wesentliche Unterstützung findet diese Ansicht durch §. 77 vergl. mit §. 79. 80. 25. 7 des Sportelgesetzes (dessen Begründung auf die neue Gerichtsverfassung und Strafverfahren hinweißt), indem für das amtsgerichtliche

Urtheil über die Beschwerde gegen das Straferkenntniß eines Bürgermeisters eine Sportel von 1 fl. anzusetzen ist, während die Urtheilssportel in Strafsachen, die von den Amtsgerichten in I. Instanz abgeurtheilt werden, 3 fl., beziehungsweise 1 fl. 30 kr. mindestens beträgt.

Wenn auch allerdings das Sportelgesetz nicht als der geeignete Ort zur Feststellung und Aenderung der Vorschriften des Strafverfahrens zu betrachten ist, so läßt es doch aus dem ihm zu Grund gelegten Princip der Bemessung des Sportelbetrags nach dem Umfang des Mühe und Zeitaufwandes, den sich der Gesetzgeber mit dem Verfahren als regelmäßig verbunden dachte, die Formen des Verfahrens selbst und dessen Gang, wie ihn der Gesetzgeber vor Augen hatte — sonach für unsere Frage jedenfalls so viel erkennen, daß die Sportel mit 1 fl. für ein vom amtsgerichtlichen Verfahren I. Instanz abweichendes einfacheres Verfahren zur Erledigung der Beschwerde bemessen ist.*)

Und in der That ist das Rechtsmittel der Beschwerdeführung auch das zur Erreichung der Absicht des Gesetzes durch rasche und wohlfeile Erledigung der Streitsache allein geeignete Mittel. Gelangt nämlich die Sache in Folge zuläßig erkannter Beschwerde an das Amtsgericht, so hat dieses nach Maaßgabe des §. 412 ff. der Str.-P.O. vergl. mit §. 1157 ff. der Pr.O. zu verfahren; es wird also den Gegentheil über die Beschwerde hören, die nöthigen Erhebungen und geeignetenfalls Ergänzungen, z. B. durch Nachholung handgelübdlicher Verpflichtung der Zeugen auf Begehren des einen oder anderen Theils, machen und auf Grund dessen und der Bürgermeisteramtsakten ohne Hauptverhandlung Urtheil sofort erlassen — unter steter Beachtung des bei allen Rechtsmitteln geltenden Grundsatzes, daß das bürgermeisteramtliche Verfahren und Erkenntniß in allen jenen Theilen als gültig und wirksam fortbesteht, in denen es nicht mittelst der Beschwerde angefochten ist.

Das amtsgerichtliche Urtheil bildet die Entscheidung letzter Instanz. Sind in dem Verfahren oder der Urtheilsfällung des Amtsgerichtes selbst Nichtigkeitsfälle vorgekommen, so findet dagegen nach Anlage und Absicht des Gesetzes die Beschwerdeführung an das Kreisgericht statt, da durch dieses Rechtsmittel die einfachste und schnellste Erledigung des Straffalls herbeigeführt wird. Der §. 416 der Str.P.O. steht dem nicht entgegen, da dieser sich nur auf die Entscheidung über die Beschwerden gegen das Untergericht (hier Bürgermeisteramt) bezieht, keineswegs aber auf Nichtigkeiten des Obergerichtes selbst.

Will man dieser Ansicht nicht beitreten, so mag man auf Grund des §. 398 der Str.P.O. die Nichtigkeitsbeschwerde in den Formen des Recurses gegen Verfahren und Entscheidung des Amtsgerichts zulassen, da die Aufschrift jenes §. 398 der Str.P.O. allgemein lautet und im Context nur der gewöhnliche Fall hervorgehoben ist. Vergl. §. 294 der Str.P.O. von 1845 und Annalen 1863 S. 315.

Ueber die Kosten der Bürgermeisteramtsverhandlungen von Ziff. 1 u. 2, s. Verordnung vom 13. Juni 1864, Reggsbl. No. 25 §. 13.

Pfeiffer, Oberamtsrichter.

*) Vergl. Begründung zu §. 79. Stempf, Sp.G. S. 82 und 15 ff.

64.

Fehler bei dem Versteigerungsverfahren, die nur in einer durch die Pr.O. vorgeschriebenen Frist geltend gemacht werden dürfen, dienen nach Ablauf dieser Frist nicht als „entscheidende" Thatsachen zur Begründung einer Wiederherstellungsklage.

§§. 1167. 949 der Pr.O.

In Sachen

des Bernhard Doll von Berghausen, Klägers, Appellanten, Oberappellanten

gegen

Georg Adam Raupp von Berghausen und Genossen, Beklagte, Appellaten, Oberappellaten

Nichtigkeit einer Versteigerung, hier Wiederherstellung gegen ein Urtheil betreffend,

beschwerte sich Kläger, daß seiner gegen das amtsgerichtliche, auch in dritter Instanz bestätigte, Urtheil vom 26. September 1865 erhobenen Wiederherstellungsklage nicht stattgegeben worden ist.

Er glaubte nämlich, seine frühere Klage auf Nichtigkeit der gegen ihn nach seiner Vergantung vollzogenen Liegenschaftsversteigerung durch die — wie er behauptet — erst dem staatsanwaltlichen Erlaß vom 7. November

1866 entnommenen Thatsache besser als vorher begründen zu können, daß der als Schätzer jener Liegenschaften verwendete Waisenrichter Raupp als solcher nicht verpflichtet gewesen sei. Seine Beschwerde erschien jedoch dem großh. Oberhofgerichte nicht begründet, welches in den Gründen zu seinem Urtheil vom 10. März 1868 aussprach:

„Nach §. 1167 der Pr.O. findet die Wiederherstellungsklage u. a. auch dann statt, wenn der Kläger die Kenntniß von entscheidenden Thatsachen erst nach Eintritt der Rechtskraft eines Urtheils erlangt hat. Die Thatsache, die der Kläger der erhobenen Wiederherstellungsklage zu Grund legt, erscheint jedoch — auch abgesehen von ihrer Würdigung nach Maßgabe der Bestimmung im ersten Absatz des §. 856 der Pr.O. — nicht entscheidend.

Der Verletzung gesetzlicher Formen bei Versteigerung seiner Liegenschaften konnte nämlich der Schuldner durch rechtzeitige Einsprache oder Beschwerdeführung nach §§. 927. 928 (jetzt 855. 856) der Pr.O. vorbeugen, insbesondere war ihm durch §. 1008 (jetzt 936) der Pr.O. Gelegenheit geboten, einen ihm durch die Schätzung zugegangenen Nachtheil abzuwenden. Auch noch innerhalb vier Wochen nach der Schätzung hätte der Schuldner gegen die Verwendung eines zu dem Geschäfte nicht Berufenen nach §. 927 (jetzt 855) der Pr.O. Einsprache erheben können. Nachdem er aber von diesem Rechte rechtzeitig und innerhalb der gesetzlichen Frist, wo er sich über Einhaltung der Formen des Verfahrens verlässigen konnte und mußte, keinen Gebrauch gemacht hat, kann er jetzt gemäß §. 928 (jetzt 856) der Pr.O. nicht das ganze Vollstreckungsgeschäft als nichtig anfechten. Jedenfalls war sein Recht zur Erhebung der Nichtigkeitsklage nach §. 1021 (jetzt 949) der Pr.O. mit dem Ablauf von vier Wochen nach erfolgtem Zuschlag erloschen, zu deren Begründung übrigens ein Mangel in der Person des Schätzers für sich allein nicht genügt hätte, er hätte vielmehr zugleich eine hiemit zusammenhängende Unrichtigkeit der Schätzung oder eine zu niedere Schätzung, wodurch der Schuldner allein benachtheiligt worden wäre, darthun müssen.

Es ist daher unerheblich, wenn Kläger auf eine solche Irregularität erst neuerdings aufmerksam gemacht worden ist; die darauf bezügliche Thatsache ist insofern, als sie nach der oben bezeichneten Frist keine Wirkung mehr äußern konnte, auch jetzt zur Begründung der Wiederherstellungsklage im Sinne des §. 1210 (jetzt 1167) der Pr.O. nicht geeignet. Red.

65.

Wer ist beim Diebstahl der beschädigte Theil — der Eigenthümer oder der Inhaber der gestohlenen Sache?

Diese Frage ist bei der Strafkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Constanz in folgenden zwei Fällen und bei großh. Oberhofgericht im letzten Falle zur Entscheidung gekommen.

I. Am 12. Juli 1866 kam die früher schon zweimal wegen Diebstahls bestrafte Maria Oberacher von Vulpmes in Tyrol nach Fischbach, im kgl. württ. Oberamtsgerichtsbezirk Tettnang, wo sie sich in das Haus des Uhrenmachers Baptist Berwick begab und daselbst in der Wohnstube, da von den Hausbewohnern gerade Niemand anwesend war, von etwa 30 an dem Fenster hängenden Taschenuhren Eine entwendete. Sie ging noch am nämlichen Tage nach Immenstaad im badischen Amtsgerichtsbezirk Meersburg, wo sie im Adlerwirthshaus die entwendete Uhr zum Kaufe anbot. Der anwesende Anton Vittel von Immenstaad erklärte, daß die Uhr sein Eigenthum sei, die er dem Uhrenmacher Berwick zum Repariren gegeben habe. Die M. Oberacher legte das Geständniß ab, daß sie die Uhr in Fischbach entwendet habe. Sie wurde daher verhaftet und zu dem Amtsgericht Meersburg transportirt, welches auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Oberacher wegen dritten gemeinen Diebstahls in Untersuchung zog.

In der am 24. September 1866 vor der Strafkammer in Constanz gepflogenen Hauptverhandlung kam die Frage zur Sprache, ob der Eigenthümer der gestohlenen Uhr Anton Vittel von Immenstaad oder der Inhaber dieser Uhr Baptist Berwick von Fischbach als der beschädigte Theil anzusehen sei, ob somit gemäß §. 5 des Str.G.B. die badischen oder württembergischen Gerichte zur Untersuchung und Aburtheilung zuständig seien? Denn wäre nicht der Eigenthümer, sondern nur der Inhaber der entwendeten Uhr als beschädigter Theil anzusehen, so wäre nicht das badische Amtsgericht Meersburg, sondern das württembergische Oberamtsgericht Tettnang das zur Untersuchungsführung allein zustän-

dige Gericht gewesen, weil alsdann der Diebstahl von einer Ausländerin im Ausland an einem Ausländer verübt worden wäre.

Von der Staatsanwaltschaft wurde geltend gemacht, daß beim Diebstahl sowohl der Eigenthümer als der Inhaber der gestohlenen Sache der beschädigte Theil sei, Ersterer deßhalb, weil er — besonders in einem Falle wie der vorliegende — ein Interesse daran habe, nicht blos den Werth der gestohlenen Sache, sondern die Sache selbst zu erhalten und Letzterer deßhalb, weil er dem Eigenthümer für die gestohlene Sache regressorisch haftbar sei, daher in vorliegendem Falle das Amtsgericht Meersburg somit die Strafkammer in Constanz jedenfalls auch als das zuständige Gericht erscheine.

Von der Staatsanwaltschaft wurde noch insbesondere bemerkt, daß, wenn der §. 376 des Str.G.B. von der Innhabung Anderer spreche, damit nur der Thatbestand des Diebstahls zur Unterscheidung von anderen Verbrechen, insbesondere von der Unterschlagung bezeichnet, aber keineswegs gesagt werden wollte, daß nur der Inhaber der entwendeten Sache der beschädigte Theil sei.

Von der Strafkammer wurde die Oberacher wegen dritten gemeinen Diebstahls verurtheilt.

In den Entscheidungsgründen ist gesagt:

Was die Frage betrifft, ob hier Anton Bittel als der Bestohlene erscheine, ob somit die Entwendung nach §. 5 des Str.G.B. als eine im Großherzogthum zu bestrafende That sich darstelle, so nimmt der Gerichtshof an, daß die Frage in dem der Angeklagten günstigsten Falle als eine Thatfrage zu behandeln, daß nämlich zu untersuchen sei, ob Bittel nach den Umständen des Falles neben Berwick als der Beschädigte erscheine? Diese Frage bejaht der Gerichtshof, weil dem Bittel daran gelegen war, nicht den Werth der Uhr, sondern die Uhr selbst von Berwick zu erhalten.

II. Die Ehefrau des Accisors J. in U. unterhielt seit Spätjahr 1866 mit dem ledigen Soldaten und Küfergesellen Hermann Kl. daselbst ein geschlechtsvertrautes Verhältniß.

Die Folge davon war, daß Frau J. schwanger wurde. Als sie diesen Zustand fühlte, machte sie ihrem Liebhaber davon Eröffnung. Beide beschlossen sodann, weil ihr strafbares Verhältniß nicht mehr länger verborgen bleiben konnte, nach Amerika auszuwandern und die zur Flucht nöthigen Geldmittel aus der Kasse des Accisors J. zu entnehmen.

Am 11. Mai v. J. wollte Accisor J. Staatsgelder im Betrage von 1100 fl. an das Hauptsteueramt U. abliefern. Zweimal begab er sich zu diesem Zwecke auf das Hauptsteueramt, traf aber den betreffenden Beamten nicht an. Er trug daher die mit dem Siegel der Steuereinnehmerei versehenen geschlossenen Geldrollen in einem leinenen Säckchen in seine Wohnung zurück und schloß sie wieder in seinen Kasten ein, in welchem er alle seine Gelder, die Privatgelder jedoch in einer besonderen Abtheilung, aufzubewahren pflegte. Frau J. wußte und sah dieses und auf ihre an ihren Mann gerichtete Frage, warum er das Geld wieder bringe, erhielt sie zur Antwort, daß es wegen Verhinderung des Kassebeamten erst später abgeliefert werden könne. Am folgenden Tag (12. Mai) war Sonntag, daher das Geld wieder nicht abgeliefert werden konnte.

In der Nacht vom 12. auf den 13. Mai eröffnete Frau J. mit dem Schlüssel des Küchenschrankes den Kasten, in welchem das Säckchen mit Geld im Betrage von 910 fl. (denn 190 fl. waren im Laufe des Tages davon ausgegeben) sich befand, sie nahm das Geld heraus und steckte es in einen Reisesack. Unterdessen fand sich Hermann Kl. ein, dem Frau J. den Reisesack mit dem Geld übergab und die Mittheilung machte, daß sie das Geld aus dem Kasten ihres Mannes genommen habe.

Hermann Kl. der durch seine häufigen Besuche im Hause genau bekannt war und der einen Dietrich mitgebracht hatte, wollte nun auch die Handkasse des Accisors J., welche in der Schublade des Schreibtisches sich befand, leeren, was jedoch Frau J. nicht zuließ. Sodann begab sich Frau J. mit ihrem jüngsten Töchterchen und Hermann Kl. nach Radolfzell, von wo sie auf die Eisenbahn nach Schaffhausen fuhren, dort aber, offenbar um eine etwaige Nacheile zu vereiteln, die badische Bahn verließen und die Schweizerbahn bis Basel benützten. In Basel wurden sie noch im Besitze des größten Theils des entwendeten Geldes auf dem Centralbahnhof verhaftet und von dort an das Amtsgericht U. ausgeliefert, welches auf Antrag der Staatsanwaltschaft Untersuchung gegen Frau J. und Hermann Kl. wegen Ehebruchs, Entführung und Diebstahl zum Nachtheil des großh. Fiscus einleitete.

In der am 13. August v. J. vor der Strafkammer in Konstanz gepflogenen Hauptverhandlung hatte die Vertheidigung auszuführen gesucht, daß wegen der Be-

stimmung in §. 388 des Str.G.B. ein strafbarer Diebstahl nicht vorliege, weil das Geld, eine vertretbare Sache, zur Zeit, als es die Ehefrau J. hinwegnahm, sich noch im Eigenthum und Besitze ihres Mannes, der es nach §. 699 des Str.G.B. ungestraft umwechseln konnte, befand, und die Staatskasse nur ein Forderungsrecht an den Accisor hatte.

Von der Staatsanwaltschaft wurde dagegen geltend gemacht, daß der §. 388 hier keine Anwendung finde, weil der großh. Fiscus Eigenthümer des gestohlenen Geldes, also der beschädigte Theil sei, und nicht Accisor J., welcher nur aus Auftrag und im Namen des großh. Fiskus das Geld besessen habe und solches nach §. 687 nicht in eigenen Nutzen verwenden durfte.

Von der Strafkammer wurden Frau J. und Hermann Kl. nicht nur wegen Ehebruchs und Entführung, sondern auch wegen in verbrecherischer Verbindung verübten Diebstahls im Betrag von 910 fl. zum Nachtheil des großh. Fiskus verurtheilt und bestraft.

Die Entscheidungsgründe besagen im Betreff der Anklage wegen Diebstahls:

Der Gerichtshof hat angenommen, daß bezüglich der Entwendung von 910 fl. der Thatbestand eines gemeinen von Amtswegen zu bestrafenden Diebstahls vorhanden sei. Das Geld, welches die Ehefrau J. entwendet hat, gehörte dem großh. Fiskus. Es war nicht mehr eine res fungibilis, eine vertretbare Sache in dem Sinne, daß es mit den Privatgeldern des Accisors vermischt war und der Letztere nur die Pflicht hatte, einen gleichen Werth von 910 fl. an die Staatskasse abzuliefern. Vielmehr war es als specielles Eigenthum des großh. Fiskus von dem Accisor schon dadurch bezeichnet, daß dieser es mit einem Bordereau versah, die Rollen mit dem Siegel seiner Stelle verschloß, es an einem besondern Ort, in einem besondern Sack aufbewahrte und zur Ablieferung an das Hauptsteueramt bestimmt hatte. Die Ehefrau J. wußte, daß sich Staatsgelder in dem Sacke, der von ihr entwendet wurde, befanden. Dagegen versichert sie, die Hoffnung gehabt zu haben, ihr Ehemann könne aus eigenem Vermögen den Schaden bald ersetzen. Gehörte aber das Geld dem großh. Fiskus und nicht dem Accisor J., so ist, gleichviel, wer die Innhabung hatte, auch die Staatskasse in erster Reihe durch die Entwendung beschädigt und der Accisor nur unter Umständen, wenn er die nöthige Sorgfalt bei der Aufbewahrung nicht beobachtete, regressorisch haftbar.

Uebrigens nimmt der Gerichtshof ferner an, daß der großh. Fiskus auch in der Innhabung des Geldes war, da er als eine juristische Person den Besitz nur durch seine Beamten, seine Gewalthaber, hier also durch den Steuereinnehmer ausüben konnte. Eine andere Annahme würde zu der Inconsequenz führen, daß die Ehefrau eines Kassebeamten die ganze Kasse ungestraft entwenden könnte, da ein Diebstahl unter Ehegatten nicht strafbar ist, und daß sodann beide Ehegatten, sofern sie oder wenigstens die Ehefrau ihr Vermögen dem Zugriff des Fiskus zu entziehen wüßten, das entwendete Geld zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts verwenden könnten. Der Gerichtshof hat ferner angenommen, daß die Ehefrau J., wenn sie auch glauben mochte, ihr Mann werde den Verlust der Staatskasse decken, dennoch die Absicht hatte, einen unrechtmäßigen Gewinn zu machen. Denn schon die rechtswidrige Zueignung enthält die Absicht, einen unrechtmäßigen Gewinn zu machen, da der animus lucri faciendi hier in dem animus rem sibi habendi enthalten ist. Gewinn heißt jeder Vermögenstheil, der für den Dieb aus dem Besitz der gestohlenen Sache als seiner eigenen entspringt. Die Aussicht, ob der Thäter etwa zur Zeit, wo der Ersatz geleistet werden sollte, Mittel hiezu haben werde, hat bei der Unterschlagung (§. 402 des Str.G.B.) für denjenigen, der dieses Vergehens angeschuldigt ist, nicht aber bei dem Diebstahl eine Bedeutung. Uebrigens konnte die Angeklagte Ehefrau J., weil sie selbst kein angefallenes Vermögen hat, über welches sie verfügen kann, mit Gewißheit voraussehen, daß ihr selbst in der nächsten Zeit keine Mittel zum Ersatz zu Gebot stünden.

Die gegen dieses Urtheil der Strafkammer von der Ehefrau ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom großh. Oberhofgericht durch Urtheil vom 12. Oktober 1867 als unbegründet verworfen aus folgenden

Gründen:

„Die von der Ehefrau des Accisors J. auf Grund des §. 373 Ziff. 7. der Str.P.O. erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist gegen den Theil des kreisgerichtlichen Urtheils gerichtet, wodurch dieselbe des Diebstahls von 910 fl. schuldig erklärt wurde. Die unrichtige Auslegung, bezw. unrichtige Anwendung des Gesetzes wird darin gefunden, daß die vorliegende That als ein Diebstahl zum Nachtheil des großh. Fiskus betrachtet worden sei, während solche nur als eine an ihrem Ehemanne verübte

Entwendung erscheine und deßhalb gemäß §. 388 des Str.G.B. der strafrichterlichen Ahndung nicht unterliege.

Diese Beschwerde ist nicht begründet, indem dieselbe auf der unrichtigen Unterstellung beruht, daß der großh. Fiskus nicht Eigenthümer der in der Verwaltung des öffentlichen Rechners befindlichen Gelder sei, ihm vielmehr nur ein dem Betrag dieser gleichkommendes Forderungsrecht an denselben zustehe.

Nach §. 699 des Str.G.B. ist nämlich dem öffentlichen Rechner jede Benützung der von ihm eingenommenen Gelder zu seinem Vortheil untersagt, und macht sich derselbe bei Uebertretung dieses Verbots der Rechnersuntreue selbst dann schuldig, wenn dadurch der Kasse in ihrem Vermögensbestand gar kein Nachtheil erwächst. Schon aus diesen Bestimmungen allein geht klar hervor, daß der großh. Fiskus als Eigenthümer der in Handen des Rechners befindlichen Dienstgelder zu betrachten ist und wird damit die obige Unterstellung vollständig widerlegt. Daraus folgt aber, daß durch die von der Angeklagten verübte Entwendung nicht ihr Ehemann, sondern der großh. Fiskus bestohlen wurde.

Der hiergegen geltend gemachte Umstand, daß zur Zeit der Entwendung die Gelder sich noch in Handen ihres Ehemanns befunden haben, ist nicht entscheidend, weil der Letztere nur in der Eigenschaft als fiskalischer Beamter, demnach nur Namens des großh. Fiskus einstweiliger Inhaber desselben war. Eben deßhalb läßt sich auch daraus, daß §. 376 des Str.G.B. zum Thatbestand des Diebstahls die Wegnahme einer Sache aus der Innehabung eines Andern verlangt, nicht ableiten, daß im vorliegenden Falle die That zum Nachtheil des Ehemanns der Angeklagten verübt worden sei, und zwar um so weniger, als durch die in jener Gesetzesstelle enthaltene Begriffsbestimmung, zur Unterscheidung des Diebstahls von andern Vergehen nur ausgesprochen werden wollte, daß die zugeeignete Sache sich in der Innhabung eines Dritten — nicht in der eigenen oder gar keiner Inhabung — befinden müsse, wodurch aber nicht ausgeschlossen wird, daß nur das Eigenthum oder der juristische Besitz den Beschädigten bestimmt.

Hiernach ist die Anwendbarkeit des §. 388 des Str.G.B. lediglich davon abhängig, ob der Angeklagten bekannt war, daß das Geld, welches sie entwendete, zu den Dienstgeldern ihres Ehemannes gehörte oder nicht. In dieser Beziehung ist aber durch die Entscheidungsgründe zu dem Urtheil der Strafkammer thatsächlich festgestellt, daß dieselbe vor der Entwendung wußte, daß ihr Ehemann für jene Gelder eine von seiner eigenen getrennte Kasse geführt, und daß in dem Sacke, welchen sie sich zueignete, zur Ablieferung an das großh. Hauptsteueramt bestimmtes Geld sich befunden hat, weßhalb hier die Bestimmung des §. 388 des Str.G.B. nicht Platz greift, sondern ein der strafrichterlichen Verfolgung unterliegender gewöhnlicher Diebstahl vorliegt.

Die angebliche Vermuthung oder Hoffnung der Angeklagten, ihr Ehemann könne und werde aus seinem Vermögen den durch den Diebstahl verursachten Schaden ersetzen, vermag an dem Dasein des Thatbestandes jenes Verbrechens nichts zu ändern.

§. 395. 396 des Str.G.B.

Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen, erkannt."

Haager.

66.

Ueber den Begriff des Ausgebens falschen Geldes.

§§. 510—520. 522—526 vergl. mit §. 527 des Str.G.B.

Das in §. 516 des Str.G.B. bedrohte Ausgeben verfälschter, ohne Einverständniß mit dem Urheber wissentlich angeschaffter Münzen ist ein anderes Verbrechen als das in §. 513 bedrohte: Verfälschung ächter Münzen durch Verringerung ihres Werthes und das in §. 515 bedrohte Ausgeben derselben im Einverständniß mit dem Urheber. Gegen denjenigen, der falsches Geld fertigt, wird vom Gesetze unterstellt, daß er die Absicht habe, dasselbe als ächt auszugeben; der Thatbestand der Münzfälschung tritt schon mit der Fertigung ein; daher ist diese an sich schon als gemeingefährlich mit Strafe bedroht. §§. 509. 510. 517 des Str.G.B.

Der nur in seltenen Fällen vorhandene Mangel jener Absicht muß im einzelnen Falle nachgewiesen werden.

Goltdammer Bd. 11 S. 107. 108.

Berner S. 456 oben vor Note 1.

Bei Verfälschung ächter Münzen durch Verringerung des Werths

§§. 513. 514. 517,

tritt jene gesetzliche Unterstellung nicht ein, hier ist die Absicht, solche Münzen als vollgiltig oder ächt auszugeben, zu ermitteln und zu beweisen; wo dies nicht ge-

lingt, darf die Handlung der Verfälschung nicht einmal als Versuch im Sinne der §§. 514. 519 des Str.G.B. bestraft werden.

Aber nicht allein die Handlung des Fertigens, sondern auch die des Ausgebens falscher oder verfälschter Münzen ist mit Strafe bedroht. Geschieht dasselbe im Einverständniß mit dem Fertiger, so wird der Ausgeber entweder als Gehilfe §. 135. 3 des Str.G.B. oder nach Umständen als Begünstiger §. 142. 3 des Str.G.B. erscheinen. In den §§. 511. 515 des Str.G.B. ist zwar nur das Ausgeben verpönt; allein wenn nach dem zweiten Absatz des §. 512 des Str.G.B. schon das wissentliche Ansichbringen falscher Münzen ohne Einverständniß mit dem Urheber der Fälschung mit Strafe bedroht ist, so wird diese dann um so mehr erfolgen müssen, wenn jenes im Einverständniß mit dem Urheber der Fälschung geschah.

Bei dem Ausgeben von falschen Münzen ohne Einverständniß mit dem Urheber der Fälschung werden zwei Fälle unterschieden. In dem einen, wo falsche Münzen wissentlich angeschafft (an sich gebracht) worden sind, §§. 512. 516 des Str.G.B., wird schon dieses Anschaffen falscher oder verfälschter Münzen in der Absicht, sie als ächt oder vollgiltig wieder auszugeben, mit Strafe bedroht; in dem andern, wo ein absichtliches Anschaffen überhaupt nicht, sondern nur ein irrthümliches Einnehmen stattgefunden hat, wo also der Erwerb falscher oder verfälschter Münzen ein harmloser war, ist nur das Wiederausgeben der irrthümlich als ächt eingenommenen falschen oder verfälschten Münze als ächt oder vollgiltig als Betrug behandelt §. 527 des Str.G.B. Zur Vollendung dieses Verbrechens gehört nach §. 450 der Str.G.B., daß der Getäuschte zu einer — das Vermögen desselben beschädigenden Handlung sich hatte verleiten lassen. Wenn diese Verleitung dem Betrüger nicht glückte, so ist er über den Versuch des Betrugs nicht hinausgekommen.

§. 106 des Str.G.B.

Dies auf das Ausgeben irrthümlich eingenommener falscher Münzen angewendet, ergibt sich, daß der Getäuschte sich zur Annahme derselben als ächt oder vollgiltig mußte haben verleiten lassen, wenn der Betrug für vollendet gelten soll, Berner S. 456 Note 5; andernfalls wenn der versuchte Betrug, folglich die beabsichtigte Beschädigung nicht gelungen ist, liegt nur Versuch eines Betrugs vor.

Dieser Satz läßt sich aber nicht auf die wesentlich verschiedenen Fälle ausdehnen, wo Jemand, wenn auch nicht im nachgewiesenen Einverständniß mit dem Urheber der Fälschung, sich falsches oder verfälschtes Geld zu dem Zwecke angeschafft hat, es als ächt oder vollgiltig auszugeben.

Zu diesem Ausgeben gehört nicht nothwendig auch das Annehmen von Seiten dessen, welcher mit dem Geld getäuscht werden soll, sondern ein Ausgeben liegt vor, sobald von dem falschen oder gefälschten Geld als von ächtem und vollgiltigem im Verkehr Gebrauch gemacht ist.*)

Diese Auslegung ist in

Annalen 20 S. 356,
21 S. 142 No. 18

vertheidigt und auch in

Jagemann, Cr.Lex., verb. Geld, falsches, dessen „Ausgeben" am Schluß S. 351.
Jolly und Eisenlohr, Pol.Str.G.B. Bemerk. zu §. 161 S. 353.
Häberlin IV. S. 263 unten

angenommen.

Auch das großh. Oberhofgericht hält an dieser Auslegung fest. Es hat sie in den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 25. Mai 1867 in Anklagesachen gegen Sebastian Groß von Köbersdorf, wegen Münzfälschung ausgesprochen:

„Aus der Entstehungsgeschichte der §§. 509 u. ff. des Str.G.B. ergibt sich, daß unser Strafgesetzbuch die Münzfälschung und die Fälschung von Papiergeld als eine Unterart der Fälschung öffentlicher Urkunden auffaßt. Bei diesem Verbrechen hat es aber im Allgemeinen den Grundsatz festgehalten, daß das Moment der Vollendung eingetreten ist, sobald von der falschen Urkunde Gebrauch gemacht wurde, und nur ausnahmsweise hat es die Vollendung auf einen frühern Zeitpunkt, nämlich schon auf die Fertigung der falschen Sache (§§. 435. 446. 447), niemals aber auf einen spätern Zeitpunkt, insbesondere nicht auf den Eintritt einer dem Gebrauche erst nachfolgenden Beschädigung des Andern festgesetzt; es betrachtet somit die Fälschung als ein — schon mit der Vornahme einer gewissen Handlung vollendetes — formelles, nicht aber als ein — erst mit dem Eintritt eines bestimmten Erfolges

*) Das preuß. Str.G.B. stellt in §§. 123. 243. 3. 4 das „Ausgeben" mit dem „auszugeben versuchen" ausdrücklich gleich.

vollendetes — materielles Verbrechen. Wie nun in §. 435 der Ausdruck ausgeben lediglich den Gebrauch des falschen Staatspapiers als ächtes bedeutet, was aus den §§. 436 und 437 hervorgeht, wo die Ueberschrift und der Kontext sich der Ausdrücke Gebrauch und Gebrauch machen bedienen und unter ausdrücklicher Hinweisung auf §. 435 darunter bezüglich der Fälschung von Staatspapieren nichts anderes als das Ausgeben begreifen, gerade aber nach §. 435 nicht erst das Ausgeben falscher oder verfälschter Papiere, sondern schon die Fertigung derselben das vollendete Verbrechen bildet, was somit um so mehr der Fall sein muß, wenn zur Fertigung noch ein weiteres Fortschreiten des Verbrechers zur Erreichung seines Endzweckes, nämlich das Anbieten des falschen Papiers als ächtes, hinzutritt, — ebenso kann unter dem, in Titel von der Münzfälschung vorkommenden, gesetzlichen Begriff des Ausgebens gleichfalls nur die einseitige Handlung des Thäters, welche im Anbieten der falschen Münzen besteht, verstanden werden.

Bestätigt wird die Richtigkeit dieser Anschauung dadurch, daß im Gesetz selbst und namentlich in dem Commissionsbericht und der Diskussion der II. Kammer „die Fertigung allein" und „die Fertigung für sich selbst" dem Ausgeben gegenüber gestellt wird, ohne ein drittes in der Mitte befindliches Stadium anzunehmen, woraus erhellt, daß der weitere verbrecherische Schritt, welcher dem „Fertigen allein" nachfolgt, nämlich das Anbieten der zugerichteten falschen Münze als ächtes Geldstück, bereits unter jene Stufe höherer Strafbarkeit fällt, welche das Gesetz im Ausgeben erblickt.

Mit dieser Ansicht steht die Bestimmung in §. 527 des Str.G.B. nicht in Widerspruch. Das Verbrechen des §. 527 karakterisirt sich, wie auch im Commissionsbericht der II. Kammer ausgeführt ist, als eigentlicher Betrug, zu dessen Vollendung folgerichtig nicht blos das Ausgeben einerseits in dem oben entwickelten Sinn, sondern außerdem noch eine Beschädigung, wie sie als Bestandtheil des Thatbestandes ausdrücklich im Gesetze selbst aufgeführt wird, also die Annahme andererseits erforderlich ist.

Wenn daher die Motive erklären, daß jeder Gebrauch, bei welchem das falsche Geld nicht aus dem Besitze des Fertigers kommt, nicht als Ausgeben betrachtet werden könne, so ist hierunter nur die blose Innehabung zu verstehen, welche im vorliegenden Falle inhaltlich der Voruntersuchung vom Angeschuldigten in der That schon auf die Wilhelmine Balde und von dieser auf Konrad Balde übergegangen war, ehe die Verweigerung der Annahme und die Zurückgabe des verfälschten Geldstückes an den Angeschuldigten erfolgt ist."

In gleichem Sinne wurde am 18. April 1868

in Anklagesachen
gegen
Goldarbeiter Louis Weygand von Pforzheim, z. Zt. in Heidelberg,
wegen Münzfälschung,
und gegen
dessen Ehefrau Emilie geb. Lay daselbst,
wegen Ausgebens verfälschter Münzen,

erkannt.

Diese Strafsache war zuerst von dem großh. Kreisgericht Heidelberg, Strafkammer, abgeurtheilt worden, welches die Angeklagten des im §. 516 des Str.G.B. vorgesehenen Verbrechens schuldig erklärte, obgleich Louis Weygand des Verbrechens des §. 513 und seine Ehefrau des Verbrechens des §. 515 des Str.G.B. angeklagt worden war.

Hiergegen hatten die Angeklagten eine Richtigkeitsbeschwerde erhoben, weil die Strafkammer die Bestimmung des §. 248 Abs. 2 des Str.G.B. und damit eine wesentliche Vorschrift der Str.P.O. außer Acht gelassen habe. §. 373 Ziff. 3 der Str.P.O.

Das großh. Oberhofgericht erachtete diese Beschwerde für begründet, hob durch Urtheil vom 14. Dezember 1867 das Urtheil der Strafkammer Heidelberg auf und verwies die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an die Strafkammer Mannheim.

In den Entscheidungsgründen wurde ausgesprochen, die Strafkammer Heidelberg habe eine andere als die in der Anklage bezeichnete strafbare Handlung — nicht nur eine mildere Qualifikation derselben Handlung (§. 208 der Str.P.O.) — zum Gegenstand der Verurtheilung gemacht. Hiezu seien nun zwar nach §. 248 der Str.P.O., abweichend von dem in diesem Gesetze als Grundlage des Strafverfahrens aufgestellten Anklagegrundsatz, die erkennenden Gerichte befugt, allein nur unter der Voraussetzung, daß vorher der Staatsanwalt, der Angeklagte und der Vertheidiger auf den in Erwägung kommenden neuen Gesichtspunkt aufmerk-

sam gemacht worden. Letzteres sei in dem vorliegenden Falle nicht geschehen und demzufolge den Angeklagten so wie ihrem Vertheidiger nicht, wie es das Gesetz will, Veranlassung gegeben worden, sich über eine von der Strafkammer bei der Urtheilsfällung als entscheidend angenommene, bei Erhebung der Anklage gar nicht in Betracht gekommene Thatsache, daß die Angeklagten nämlich die von ihnen verausgabten verfälschten Münzen wissentlich an sich gebracht haben, — zu äußern und zu vertheidigen. Die zur Wahrung des Vertheidigungsrechts gegebene Vorschrift des §. 248 Abs. 2 der Str.P.O. sei nun aber schon diesem Zwecke nach zweifellos als eine wesentliche anzusehen; nebstdem spreche hiefür das Gesetz selbst, indem es durch die Worte: „In jedem Falle müssen" die strenge Beobachtung derselben bestimmt gebiete, weßhalb ihre Verletzung bei der Hauptverhandlung des gegenwärtigen Falles gemäß §. 373 Ziff. 3 der Str.P.O. die Nichtigkeit des ergangenen Urtheils zur Folge haben müsse.

Diese Nichtigkeit rechtfertige jedoch nicht die beantragte sofortige Freisprechung der Angeklagten durch das Oberhofgericht, da §. 385 der Str.P.O. für alle Fälle, in welchen die aufgestellte Beschwerde wegen formeller Mängel des Verfahrens für begründet erkannt werde, mit Ausnahme eines einzigen hier nicht vorliegenden Falles — vorschreibe, daß unter Aufhebung des ergangenen Urtheils die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an ein anderes gleichstehendes Gericht zu verweisen sei.

Gegen das Urtheil der Strafkammer Mannheim führte der großh. Staatsanwalt die Nichtigkeitsbeschwerde insofern aus, als die großh. Strafkammer angenommen habe, daß zwar bei dem Verbrechen der Fertigung falschen Geldes, §. 509. 513 des Str.G.B., die Annahme der verausgabten Münzen zum Begriff des Ausgebens nicht erforderlich sei, weil das Verbrechen der Münzfälschung sich als eine Art Fälschung öffentlicher Urkunden darstelle, welches Verbrechen zu seiner Vollendung nur verlange, daß Gebrauch von den verfälschten Gegenständen gemacht worden sei, daß es sich dagegen im Falle des §. 516 des Str.G.B. anders verhalte, weil in diesem die Ausgeber an der Fälschung selbst keinen Theil genommen hätten und dieses Verbrechen daher, ähnlich wie das im §. 527 des Str.G.B. mit Strafe bedrohte, mehr als eine Art Betrug, denn als Fälschung aufgefaßt werden müsse, wonach zur Vollendung eine Beschädigung des Empfängers einzutreten habe. Diese Auffassung scheine schon um deßwillen nicht richtig, weil auch §. 437 des Str.G.B., dem die §§. 512. 516. 527 nur nachgebildet seien, nur den Gebrauch der gefälschten Urkunde verlange. Hiernach habe die Strafkammer dadurch, daß sie in den Fällen, wo sie als hergestellt angenommen, daß von den Angeklagten, beziehungsweise ihren Kindern gefälschtes Geld hingegeben, solches aber von den Empfängern sofort als falsch erkannt und zurückgewiesen worden sei, den §. 516 des Str.G.B. zum Vortheil derselben unrichtig ausgelegt, beziehungsweise angewendet.

Diese Beschwerde wurde von großh. Oberhofgericht für begründet erachtet.

„In den Fällen, wo nach den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs zur Vollendung eines Münzverbrechens verlangt wird, daß von dem falschen oder verfälschten Gelde bereits ausgegeben wurde, ist dieser Ausdruck nicht dahin auszulegen, daß die Person, welcher dasselbe zur Zahlung angeboten wurde, solches auch angenommen habe. Das Strafgesetzbuch betrachtet nämlich, wie aus den Vorarbeiten zu demselben hervorgeht, die Münzfälschung im Allgemeinen als eine Art Fälschung öffentlicher Urkunden, weßhalb dieselbe, wie das letztere Verbrechen, als vollendet erscheint, sobald von dem falschen oder verfälschten Gegenstand Gebrauch gemacht worden ist. In dem Anbieten des falschen oder verfälschten Geldes als ächten oder vollgültigen zum Zweck einer Zahlung, wodurch der Besitzer sich seiner Verfügungsgewalt über dasselbe begibt, liegt nun aber für sich schon ein Gebrauchmachen und ist damit das Ausgeben vollendet, wenn auch der Empfänger das angebotene Geld nicht behalten, sondern sofort zurückgewiesen hat.

Daß es sich, wie von dem erkennenden Gerichtshofe angenommen wurde, in dem Falle des §. 516 des Str.G.B. anders verhalte, läßt sich aus dem hiefür angerufenen §. 527 des Str.G.B. nicht begründen. Ist nämlich auch das in dieser Gesetzesstelle bezeichnete Verbrechen als eine Art des Betrugs aufzufassen, weil darin der Eintritt einer Beschädigung vorausgesetzt wird, folgeweise dasselbe erst dann als vollendet erscheint, wenn zu dem Anbieten des verfälschten Geldes noch die Annahme von Seiten des Empfängers hinzukommt, — so unterscheidet sich doch dieser Fall so wesentlich von dem §. 516 des Str.G.B., daß derselbe nicht zur Auslegung

oder Erläuterung des letzteren dienen kann. Der §. 527 enthält nämlich die Strafbestimmungen für den Ausgeber, welcher irrthümlich falsche oder verfälschte Münzen eingenommen und, um Schaden von sich abzuwenden, als ächt oder vollgiltig wieder ausgegeben hat, während §. 516 voraussetzt, daß der Ausgeber die verfälschten Münzen wissentlich an sich gebracht hatte. Gerade wegen dieses wissentlichen Ansichbringens tritt aber bei dem zuletzt erwähnten Verbrechen nicht wie bei §. 527 der Gesichtspunkt des Betrugs, sondern der Gesichtspunkt des formellen Verbrechens der Fälschung in den Vordergrund, weßhalb zur Vollendung desselben das Eintreten der beabsichtigten Täuschung nicht erforderlich ist, sondern — wie in dem ganz analogen Fall des §. 437 des Str.G.B. — der Gebrauch des verfälschten Gegenstandes, demnach das Anbieten der verfälschten Münzen, genügt.

Wenn daher der urtheilende Gerichtshof zur Vollendung des in Frage liegenden Verbrechens außer dem Anbieten der verfälschten Münzen einerseits noch deren Annahme andererseits für erforderlich erachtete, und deßhalb in denjenigen Fällen, wo das angebotene verfälschte Geld sofort zurückgewiesen wurde, die Angeklagten nur wegen Versuchs des Verbrechens verurtheilte, so hat derselbe dem Gesetze eine unrichtige Auslegung und Anwendung gegeben, weßhalb dieses Urtheil nach dem Antrage der großh. Staatsanwaltschaft gemäß §. 385 Abs. 2 der Str.P.O. aufgehoben und die Angeklagten auch wegen jener Fälle des vollendeten Verbrechens der Ausgabe verfälschter Münzen diesseits schuldig erklärt — und in Folge dessen auf eine höhere als die in dem Urtheile der Strafkammer ausgesprochenen Freiheitsstrafe erkannt werden mußte.“ Red.

67.

1) Unterschied zwischen Betrug und Fälschung.
2) Provocation des Betrügers zum Betruge durch den Beschädigten beseitigt den Thatbestand des strafbaren Betruges.

Joseph Sauter hatte eine falsche Urkunde gefertigt, worin eine würtemberg. Gemeindebehörde bezeugte, daß dessen Geliebte Adelheid Sassauer eine fällige, und ohne Anstand einziehbare Darleihensforderung von 700 fl. an Michael Straub besitze. Unter allerlei Vorspiegelungen, besonders bezüglich seiner Familienverhältnisse und unter Vorzeigen dieser falschen Urkunde verschaffte er sich bei Goldarbeiter Dünkel Wittwe Goldwaaren für 16 fl. auf Credit.

Sodann bot er die angebliche Forderung unter Vorzeigen jener Urkunde und unter manchfachen Vorspiegelungen, insbesondere auch, daß Adelheid Sassauer seine Frau sei, dem Handelsmann Salomon Ruf zum Kaufe an, welcher jedoch, weil er die Mittel nicht besaß, das Geschäft ablehnte.

In Uebereinstimmung mit der Raths- und Anklagekammer Offenburg und dem großh. Staatsanwalte erblickte das Kreisgericht Baden in beiden Handlungen keine Fälschung, sondern einen vollendeten und einen versuchten Betrug.

Die

Entscheidungsgründe

zu dem Urtheile vom 4. October 1867, sagen hierüber:

Nach der heute verlesenen Erklärung des königl. würtemb. Oberamtsgerichts Freudenstadt vom 3. August d. J. und des Anwaltes der zur Gemeinde Reimerzau gehörigen Theilgemeinde Zwieselberg, Mathias Schmid vom gleichen Tag besitzt diese Urkunde, wenn sie ächt wäre, nicht die Eigenschaften einer öffentlichen, indem nach dem königl. würtemb. Gesetz über die Verhältnisse der zusammengesetzten Gemeinden vom 17. September 1853 das Anwaltsamt nicht befugt gewesen wäre, ein Zeugniß des Inhaltes, wie in der vorliegenden Urkunde, giltig auszustellen.

Durch diese amtliche Erklärungen ist zugleich auch die Fälschung bestätigt worden.

Da die fragliche Urkunde keine solche ist, wie sie das Gesetz (§. 423 und 430 des Str.G.) zum Wesen des Verbrechens einer Urkundenfälschung voraussetzt, insbesondere keine nachgeahmte Urkunde jener Personen ist, gegen welche sie gebraucht worden, noch eine solche ist, welche, wenn sie ächt wäre, geeignet sein würde, Rechtsansprüche zu begründen, vielmehr die Fertigung und der Gebrauch der Urkunde sich als ein gemeiner Kunstgriff darstellt, welcher von dem Angeklagten, um sich Geld zu verschaffen, angewendet wurde, so ist die That, als ein durch mündliche Vorspielung und arglistige Entstellung der Wahrheit verübter gewinnsüchtiger Betrug im Sinne des §. 450 des Str.G. zu beurtheilen, wobei die Eingehung des Kaufvertrages als Täuschungs-

mittel von Seiten der Angeklagten gebraucht wurde, um sich die Ausfolgung der Goldwaaren ohne Entgeld und die Bezahlung des Cessionspreises ohne Uebergabe des Kaufgegenstandes, d. i. der in der Urkunde bezeichneten Forderung — einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen. (§. 452 Ziff. 1 des Str.G.)

Obwohl der Unterschied zwischen Urkundenfälschung und Betrug mittelst falscher Urkunden sehr bestritten ist (Puchelt, Str.G.B. Bem. 15 zu §. 423), so kann doch bezüglich des Erwerbs der Goldwaaren die Annahme eines Betrugs nicht bezweifelt werden, weil hier das Vorzeigen der falschen Urkunde nur ein weiterer Kunstgriff war, um dem Angeklagten Kredit zu verschaffen. Vergl. die a. a. O. Abs. b angeführte oberhofgerichtliche Entscheidung.

Der Versuch der Cession dagegen grenzt sehr nahe an Fälschung einer Privaturkunde, allein nicht die Urkunde, sondern die angebliche Forderung war Gegenstand des Geschäfts, und die Urkunde enthielt weder den Titel noch ein Beweismittel dieser Forderung, sondern nur ein Privatzeugniß hierüber und kann sonach nicht als Ursache des beabsichtigten Betrugs angesehen werden, sondern nur als weiteres Mittel, um die Vorspiegelungen über die Existenz der Forderung glaubhaft zu machen. Demnach und da wegen Mangels der Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde auch §. 429 nicht anwendbar war (Puchelt, Bem. 7 zu §. 423, Bem. 3 zu §. 429, Bem. 4 zu §. 430), konnte auch hier nur Betrug angenommen werden.

Salomon Ruf hatte bei jenem Antrage der Cession ein anderes für ihn unvortheilhaftes Geschäft mit dem Angeklagten abgeschlossen, zog deßhalb Erkundigungen über ihn ein und ermittelte so die Falschheit der Urkunde und die Nichtexistenz der Forderung. Um aber den Angeklagten zur Leistung von Entschädigung wegen des anderen Geschäfts zu nöthigen, suchte er denselben auf, stellte sich, als wolle er die Forderung kaufen, ließ sich die falsche Urkunde geben, und übergab solche dem Gerichte.

Obwohl der Angeklagte bei dem letzteren Vorfalle seine Vorspiegelungen in verstärktem Maaß wiederholt hatte, so konnte man darin keine strafbare Handlung finden, weil zum Betruge vor Allem eine Täuschung gehört, woran es hier fehlt. Puchelt, Bem. 2 Abs. c zu §. 450, Bem. 3 zu §. 70, Bem. 6 zu §. 123, Bem. 5 Abs. d zu §. 510.

Dr. Puchelt.

68.

Das großh. Justizministerium hat unterm 16. April 1868, No. 3462, folgende Belehrung:

Die Anwendung des Gerichtssportelgesetzes betr.

an sämmtliche Gerichtshöfe erlassen.

„Aus Anlaß der bei vorgenommenen Sportelprüfungen hervorgetretenen Verschiedenheiten in Anwendung mehrfacher Bestimmungen des Gerichtssportelgesetzes vom 11. Juli 1864 (Reggsbl. No. 32) wird, zur Herbeiführung einheitlicher Behandlung, im Einverständniß mit großh. Ministerium der Finanzen, die nachstehende Erläuterung veröffentlicht:

I. Zu §. 7 in Verbindung mit §§. 25. 27. 29 des obigen Gesetzes.

Die Erkenntnisse der Amtsgerichte, welche in Folge der Ergreifung des Rechtsmittels gegen die vom Bürgermeisteramte erlassenen Erkenntnisse ergehen, sind, im Hinblick auf §. 2 Abs. 2 des Gesetzes vom 19. April 1856 (Reggsbl. No. 16), als auf Appellation ergangene Urtheile nach §. 7 des Sportelgesetzes mit der im §. 29 dieses Gesetzes bestimmten Endurtheilssportel, oder, in den Fällen des §. 37 Ziff. 1 (vergl. mit Ziff. 8) daselbst mit dem dritten Theile dieser Sportel zu belegen.

II. Zu §. 35.

Das Erkenntniß, welches einen vom Richter angedrohten Rechtsnachtheil ausspricht, indem der — einer Partei obliegende Eid für verweigert erklärt wird und womit sich die Erlassung des Vereinigungsbescheids verbindet, ist nicht als sportelfrei, sondern nach §. 35 des Sportelgesetzes zu behandeln, da der erwähnte Bescheid sich nicht blos als Vereinigungsbescheid, sondern gleichzeitig als ein Versäumungserkenntniß darstellt.

III. Zu §. 37 Ziff. 2.

Die nach Art. 202 des Anhangs zum Landrechte und nach Art. 2 des Gesetzes vom 14. Mai 1828, die Verjährung der Forderungsrechte aus den auf Inhaber gestellten Staatspapieren betr. (— Reggsbl. 1828 S. 85 —) erlassenen Sperrbefehle unterliegen keinem Sportelansatze, weil §. 37 Ziff. 2 des Sportelgesetzes nur unter der Voraussetzung zur Anwendung gelangt, daß eine einstweilige Verfügung nach §. 625 der b. Pr.O. erlassen wurde, nicht aber dann, wenn solche wie im obigen Falle, nach anderweiten Gesetzesbestimmungen erfolgt ist.

IV. Zu §. 37 Ziff. 4.

In Rechtsstreitigkeiten, bei welchen die Hauptsache vor Eintritt der Aburtheilung ihre Erledigung gefunden hat und daher eine gerichtliche Entscheidung nur über die Tragung der Kosten erfolgt, ist dieses Erkenntniß nach §. 37 Ziff. 4 des Sportelgesetzes und nicht nach §. 29 dieses Gesetzes zu sportuliren, da auch unter der obigen Voraussetzung der Anspruch hinsichtlich der Kostentragung, wie im Zeitpunkte der Einbringung desselben, das Wesen einer Nebensache behält.

V. Zu Tit. V. §. 74 ff.

Nach Art. 14 des Gesetzes vom 6. März 1845 (Reggsbl. No. 6), §. 17 des Gesetzes vom 28. Mai 1864 (Reggsbl. No. 23) und nach §. 1 der Verordnung vom 20. Januar 1865 (Reggsbl. No. 6) erfolgt die Aburtheilung der Forstfrevel, wegen welcher eine höhere Freiheitsstrafe als 4 Wochen ausgesprochen ist, durch die ordentlichen Strafgerichte und zwar, insofern eine Gefängnißstrafe von 4—8 Wochen zu erkennen ist, durch das Amtsgericht.

Diese Fälle unterstehen — als gerichtliche Strafsachen — der Bestimmung des Tit. V. §. 74 ff. des Gerichtssportelgesetzes; hiegegen finden diese Vorschriften auf Forstfrevel, welche mit Geldstrafen oder mit einer bis zu 4 Wochen ansteigenden Freiheitsstrafe zu ahnden sind, als auf blos polizeiliche Straffälle keine Anwendung.

VI. Zu §. 69 Ziff. 4.

Die in §. 69 Ziff. 4 des Gerichtssportelgesetzes für Aufsuchung eines Eintrags in den Handelsregistern verordnete Gebühr von 15 kr. ist — da sie eine Handlung des mit Führung der Handelsregister beauftragten Gerichtes betrifft, — nicht als ein Bezug des die Aufsuchung besorgenden Kanzleibediensteten, sondern als eine der Staatskasse zufallende Sportel zu verrechnen."

69.

Entschädigungsforderungen für entzogenen Allmendgenuß sind vor den bürgerlichen Gerichten auszutragen.

Mathias Berger von Plankstadt war bis zum Jahre 1866 im Genuß von 6 Viertel Allmendfeld, welche ihm der Gemeinderath entzog, als er in diesem Jahr als Bahnwart in einer auswärtigen Gemeinde angestellt wurde und seinen Wohnsitz nahm. Er klagte auf Belassung des Bürgergenusses, da er als Bürger seinen gesetzlichen Wohnsitz in Plankstadt behalte. Der Bezirksrath Schwetzingen wies seine Klage in der Hauptsache ab, erklärte jedoch, da die Aenderung des Wohnsitzes erst nach Martini statthatte und in der Gemeinde herkömmlicher Weise die Aenderungen im Bürgergenuß jeweils nur an Martini bewirkt werden, die Gemeinde für schuldig, dem Kläger den Genuß, den er hatte, noch für das Jahr 1866 67 zu belassen oder ein Aequivalent in Geld hiefür aus der Gemeindekasse zuzuweisen. Dieses Erkenntniß vom 5. November 1867 ging in Rechtskraft über. Da die vom Kläger besessenen Allmendstücke bereits an Andere vergeben waren, wies ihm der Gemeinderath andere zum Genuß zu. Der Kläger behauptet nun in einer neuen Klage, daß diese Grundstücke weit schlechter gewesen seien, als seine frühern Allmendtheile, und daß er hierdurch, sowie wegen verlorener Einsaat 2c. um 195 fl. verkürzt worden sei, welche er auf den Grund des Erkenntnisses vom 5. Nov. 1867 gegen die Gemeinde liquidire.

Der Bezirksrath verwarf diese Klage ohne Verhandlung als „vor dem Verwaltungsgericht nicht stattfindend", weil der Anspruch auf eine Geldleistung statt des Allmendgenusses im öffentlichen Recht nicht begründet sei und als Entschädigungsforderung nur vor dem bürgerlichen Richter geltend gemacht werden könnte. Der Kläger rekurrirte dagegen, weil die Frage der Schuldigkeit bereits durch rechtskräftiges Erkenntniß entschieden sei und es sich jetzt nur um den Vollzug des letztern durch Feststellung der Größe der Schuld handle. Aus dem gleichen Grund beantragte auch der Vertreter des Staatsinteresses die Aufhebung des bezirksräthlichen Erkenntnisses und die Zurückweisung der Sache an den Bezirksrath zur Verhandlung und Entscheidung darüber. Der großh. Verwaltungsgerichtshof bestätigte jedoch am 17. März 1868 den unterrichterlichen Bescheid, indem er davon ausging, daß das Erkenntniß vom 5. November 1867, insoweit es auf Leistung einer im öffentlichen Recht nicht begründeten Geldforderung erkannt habe, als unzuständig erlassen und daher als nichtig zu betrachten sei. (Karlsr. Ztg. No. 73.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 10.

70.

Rechtsfall aus dem Gebiete des Handelsrechts.

Versicherung gegen die Gefahren der Flußschifffahrt. Umfang der Versicherung. Besondere Prämie für Wintersgefahr (Winterzuschlag).

Begriff der höheren Gewalt. (Eindringen von Wasser?)

Maaßgebende Feststellung und Begutachtung des Schadens.

Vergl. H.G.B. Art. 824—826, auch Art. 395. 607.

Zu dem in den Annalen d. J. S. 27 und ff. mitgetheilten, vom Oberhofgericht entschiedenen Rechtsfall, betreffend die Versicherung gegen die Gefahren der Flußschifffahrt, kam vor Kurzem eine weitere in ebendenselben Theil des Versicherungsrechtes einschlagenden oberhofgerichtliche Entscheidung in Sachen der Handlung Stern und B. Sohn dahier gegen die Transportgesellschaft Schweizer Lloyd, Entschädigungsforderung betreffend, in welchem Fall nicht wie dort, die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers, sondern der Umfang der Versicherung und der Begriff der höheren Gewalt den Hauptstreitpunkt bildete.

Die klagende Handlung hatte mit der beklagten Gesellschaft, laut Generalpolice vom 21. Januar 1866, einen auf ein Jahr gültigen Transportversicherungsvertrag abgeschlossen und die näheren Bedingungen wegen der einzelnen Versicherungen für den Monat Februar 1866 beobachtet.

In dem besonderen Falle handelte es sich um versicherten Weizen, welcher sich noch im Hafen zu Ludwigshafen verladen auf dem Schiff Martin (Führer Gabriel Pagé, Bestimmungsort bei offener Schifffahrt wahrscheinlich Niederrhein) befand. Als die Klägerin sich im Februar 1866 veranlaßt sah, den fraglichen Weizen auszuladen, zeigte es sich nach Behauptung der Klägerin, daß derselbe durch in den Schiffsraum eingedrungenes Wasser theilweise verdorben erschien, was durch eine am 26. Februar unter Mitwirkung der Generalagentur der Beklagten vorgenommenen Begutachtung, wobei sich nach der Schätzung ein Schaden von 1454 fl. 13 kr. ergab, festgestellt wurde.

Diesen Betrag nahm die Klägerin, gestützt auf die §§. 1 und 3 in Vergleichung mit §. 2 und 12 der Versicherungsbedingungen der anerkannten Police von der Beklagten als Entschädigung in Anspruch, indem sie zugleich hervorhob, daß von Seiten der Beklagten auch die in §. 3 vorgesehene Uebernahme der durch Eisgefahr und deren Folgen verursachten Schäden und Kosten gegen besondere Prämie (einen sog. Winterzuschlag von 50 Procent der Prämie) im vorliegenden Falle Statt fand.

Die Beklagte mußte die Klagthatsachen größtentheils als richtig zugeben. Es gab aber die Wortfassung der Versicherungsbedingungen und die Art der eingetretenen Beschädigung zu einigem Zweifel Raum und der Beklagten Anlaß zu verschiedenen Beanstandungen. Sie hatte am 27. Februar, am Tage nach der erwähnten Begutachtung, eine weitere Begutachtung, übrigens ohne Zuziehung der Klägerin oder eines Vertreters derselben, herbeigeführt, und verweigerte nicht nur jede Entschädigungszahlung, sondern nahm sogar noch einen Betrag von 41 fl. 49 kr. für Kostenauslagen widerklagend in Anspruch.

In allen drei Rechtszügen wurde jedoch zu Gunsten der Klägerin erkannt.

Die Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 25. April 1868, die, soweit nöthig, hier mitzutheilen sind, enthalten folgende Ausführung:

Unter der Voraussetzung, daß hier ein durch Schifffahrtsunfall oder höhere Gewalt entstandener Schaden als nachgewiesen angenommen werden darf, ist hienach die rechtliche Begründung der Klage nach Maaßgabe des anerkannten Versicherungsvertrags und nach bekannten Rechtsgrundsätzen nicht zu beanstanden. Soweit nöthig dürfen auch die Bestimmungen des allgem.

deutschen H.G.B. über die Versicherung gegen die Gefahren der Seeschifffahrt, hier, wo es sich um Binnenschifffahrt handelt, zwar nicht unmittelbar und unbedingt, aber doch zur Vergleichung und aushilfsweise, sofern sie nicht auf eigenthümlichen Verhältnissen des Seehandels beruhen, in Betracht gezogen werden.

Man vergleiche die in Annalen Bd. 34 S. 27 ff. mitgetheilte diesseitige Entscheidung in Sachen Rödel gegen allgemeine Versicherungsgesellschaft in Dresden.

Beseler, deutsches Privatrecht §. 129.

Die Untersuchung und Ermittelung des Schadens hat im Wesentlichen nach Vorschrift des §. 20 der Policebedingungen Statt gefunden, wie sich aus der Begutachtung („Expertise") vom 26. Februar 1866 Anlage 4 der Klage, ergibt.

Inhaltlich derselben handelte der Eine der beiden Sachverständigen, R. Kaufmann, auf Ersuchen des Generalagenten der Beklagten, die Begutachtung geschah „auf Wunsch der Betheiligten", die Beklagte war dabei gehörig vertreten, es erscheint demgemäß diese Begutachtung als maßgebend. Wenn die von der Beklagten vorgelegte durch drei landgerichtlich verpflichtete Sachverständige vorgenommene weitere Begutachtung vom 27. Februar 1866, insofern sie nur auf Ansuchen der Beklagten und unter Zustimmung des Schiffers Pagé, ohne die nach den Umständen ohne Schwierigkeit zu erreichende Ziehung oder gehörige Vertretung der Klägerin geschah, gegen der Klägerin nicht als rechtlich entscheidend gelten könnte, so kommt sie dagegen, insofern sie klarstellt, daß es zum Eindringen des Wassers in dem fraglichen Maaß eines eigentlichen (bedeutenden) Leckes nicht bedurfte und insofern sie, da wo sie sich über die Pflicht zum Auspumpen ausspricht, selbst annimmt, daß von unten Wasser in das Schiff eindrang (was auch nach den Umständen mit Grund nicht zu bezweifeln ist) zum Vortheil der Klägerin in Betracht [1]), indem sie der ersten Begutachtung zur Bestätigung und Ergänzung dient. Es ergibt sich daraus insbesondere auch, daß das Schiff sich in einem guten Zustand befand und die sog. Strau, worauf der Waizen gelagert war, dem Schiffsreglement gemäß 6½ Zoll hoch lag.

Die Entscheidung des Streites hängt demnach im Wesentlichen nur von der Frage ab, ob der festgestellte Schaden zu dem vertrags- und gesetzmäßig zu ersetzenden gehört; diese Frage ist aber im Einklang mit der Entscheidung der vorderen Gerichte zu bejahen.

Es ist nämlich der, wie nach Obigem anzunehmen, durch Eindringen von Wasser in das Schiff entstandene Schaden, allerdings als ein durch höhere Gewalt (vis major) verursachter und daher unter §. 1 der mehrerwähnten Policebedingungen fallender anzusehen, denn der Begriff der höheren Gewalt im Sinne des Versicherungsvertrags und des Gesetzes schließt an sich jede einwirkende, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht abzuwendende äußere Gewalt, also namentlich auch die Einwirkung von Naturgewalten aller Art, unzweifelhaft ein.

Vergl. Busch, Archiv des Handelsrechts Bd. 2 S. 425. 442 [2]), Bd. 3 S. 382, Bd. 5 S. 335.
Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. 3 S. 86 S. 93. [3])
Endemann, Handelsrecht §. 155 Note 7.

Nach §. 1 der Policebedingungen, [4]) worin der allgemeine Grundsatz hinsichtlich der versicherten Gefahren ausgesprochen ist, erstreckt sich aber die Haftung der beklagten Gesellschaft auf allen Verlust und Schaden, welchen der versicherte Gegenstand durch einen Schifffahrtsunfall oder irgend eine höhere Gewalt erleidet, soweit nicht die nachfolgenden Bestimmungen eine Abweichung begründen.

Zahlreiche Ausnahmen sind hauptsächlich in §. 2 [5])

---

[1]) Vergl. Pr.O. §. 422 §. 394.

[2]) Hiemit ist ferner zu vergleichen des nämlichen Archivs Bd. 1 S. 407, Bd. 4 S. 409, Bd. 5 S. 335 und Bd. 10 S. 384, desgl. Centralorgan II. 52 und neue Folge III. 542. Der Begriff der höheren Gewalt wird an den angeführten Orten zunächst in Bezug auf den Art. 395 des H.G.B., betreffend die Haftungspflicht des Frachtführers (s. auch Art. 607 des H.G.B.), erörtert.

[3]) Ferner Bd. 8 eben dieser Zeitschrift S. 423, auch Koch, Commentar S. 389—400 No. 11.

[4]) Der §. 1 der Policebedingungen lautet: „Der Schweizerische Lloyd haftet gegen Gewähr einer Prämie bei Transporten auf Flüssen und Binnengewässern für allen Verlust und Schaden, welchen der versicherte Gegenstand durch einen Schifffahrtsunfall oder irgend eine höhere Gewalt erleidet, soweit nicht durch die nachstehenden Bestimmungen ein Anderes verordnet ist." (Der Absatz 2 dieses §. 1 erstreckt die Vergütung auch auf die entstandenen Rettungs- und ungewöhnlichen Ausladungs-, Lagerungs- und Wiederverladungskosten, der Absatz 3 aber schließt die gewöhnlichen Unkosten der Schifffahrt und solche ungewöhnlichen, die nicht zur großen Havarie gehören, im Einklang mit H.G.B. Art. 622 aus.)

[5]) Der §. 2 der Policebedingungen besagt: „Der Schweizerische Lloyd haftet nicht für Schaden oder Verlust, entstanden

aufgestellt und in §. 3 *) ist festgesetzt, daß für alle durch Eisgefahr und deren Folgen verursachten Schäden und Kosten (im zweiten Satz ist von Wintersgefahr überhaupt die Rede) die Gesellschaft nur im Falle geschehener ausdrücklicher Uebernahme gegen besondere Prämie haftet. Eine solche Uebernahme fand, wie schon bemerkt, im vorliegenden Falle Statt.

Wenn nicht eine der in §. 2 oder sonst wo im Vertrag besonders vorgesehenen Ausnahmen hier zutrifft, so kann sich die Beklagte der Haftbarkeit nach §. 1 nicht entziehen.

Nun ist aber von den zahlreichen Ausnahmen des §. 2 keine auf den fraglichen Schaden anwendbar; namentlich ist derselbe auch nicht unter die Bestimmung der durch „Regen, Frost, Hitze und überhaupt Witterungseinflüsse" entstandenen Beschädigung zu bringen; denn, wenn gleich diese Bestimmung etwas allgemein gefaßt erscheint, so ist sie doch dem Gegenstand des Vertrags gemäß nur auf das Verderben der Waaren durch Hitze, Kälte, Regen und Unwetter, wogegen die ordnungsmäßige Transportverpackung sichert, nicht aber auch auf das Eindringen von Wasser in das Schiff zu beziehen.

Vergl. Endemann, d. Handelsrecht §. 155 Note 7 und hiezu die vergleichungsweise in Betracht kommende, diese Auffassung wesentlich bestätigende Vorschrift des Art. 824 Ziff. 1 †) in Verbindung mit Art. 825 des H.G.B.

Es kommt aber überdieß in Berücksichtigung, daß noch eine besondere Versicherung gegen Wintersgefahr in Form eines beträchtlichen Winterzuschlags im gegenwärtigen Falle erwirkt wurde.

Ebensowenig fällt der Schaden unter eine sonst etwa im Vertrage vorgesehene Ausnahme.

Es war Sache der Beklagten, die ihre allgemeine Haftungspflicht durch so viele Ausnahmen sehr wesentlich beschränkte, die festzusetzenden Ausnahmen klar und bestimmt zum Ausdruck und zur Kenntniß des Versicherungsnehmers zu bringen, die bezüglichen Ausnahmen sind daher nicht auszudehnen, sondern eher im beschränkteren Sinne aufzufassen, auch ist hiebei gemäß H.G.B. Art. 278 und L.R.S. 1156 vorzüglich auf die unterstellbare Absicht beider Theile, nicht blos auf den buchstäblichen Sinn der Worte zu achten. Da die versicherte Waare als eine auf unbestimmte Zeit, bis zu offener Schifffahrt, mit noch nicht festbestimmtem Bestimmungsort im Hafen liegende versichert wurde, ist überall nicht zu unterstellen, daß Beschädigungen, wie die geltend gemachte, von der Versicherung ausgeschlossen sein sollten, und zwar um so weniger, wenn man die Größe des Winterzuschlags in das Auge faßt.

Ob die Ansicht mancher Rechtslehrer, wie Endemann's in §. 175 I. B. seines d. Handelsrechts und Bluntschli's in §. 162 seines d. Privatrechts, daß die Versicherung von Gütern auf Flüssen in der Regel nur gegen diejenige Gefahr schützen solle, für welche

---

durch Entwendung, Aufruhr, Plünderung, Kriegsereignisse, Verfügungen von hoher Hand, Schleichhandel, unrichtige Declaration, durch Veruntreuung oder Unterschleife des Schiffers oder seiner Leute, durch fehlerhafte Verladung und Lagerung im Schiffe, schlechte Faßtage und Emballage, Ungeziefer, Rost, Fäulniß, Bruch, Selbstentzündung, Auslaufen, Uebermaß, Uebergewicht, Abgang oder Verderb vermöge der eigenthümlichen Natur oder der mangelhaften Beschaffenheit der Waaren; ferner durch Regen, Frost, Hitze und überhaupt Witterungseinflüsse, durch Vulkane und Erdbeben, noch ersetzt sie die Kosten, welche zur Verhütung der ebengenannten Schäden entstehen.

Die Gesellschaft haftet nicht für die durch einen Schifffahrtsunfall oder höhere Gewalt (§. 1) im Versandt der Güter verursachte Verzögerung und den dem Versicherten hieraus erwachsenen Nachtheil.

(Absatz 3 und 4 handelt von der nicht durch Noth gerechtfertigten Abweichung vom gewöhnlichen Wege oder der gewöhnlichen Weise der Reise, bezw. Aufschiebung der Beförderung durch den Versicherten selbst.)

Die nähere Vergleichung des Inhalts des §. 3 mit Art. 824. 825 des H.G.B. zeigt, wie viele der nach obigen Bestimmungen des Handelsrechts vom Versicherer zu tragenden Gefahrfälle in diesem §. 2 ausgeschieden sind."

*) Der §. 3 der Policebedingungen lautet: „Für alle durch Eisgefahr und deren Folgen verursachten Schäden oder Kosten haftet die Gesellschaft nur dann, wenn sie dieselben gegen eine besondere Prämie ausdrücklich übernommen hat. Ist dieses nicht geschehen, so hört, sobald das Schiff durch Eisgefahr oder eine andere Wintersgefahr seine Reise nicht antreten oder nicht fortsetzen kann, für die Dauer des hiedurch entstandenen Aufenthaltes die Versicherung auf, gleichviel, ob alsdann das versicherte Gut ausgeladen wird oder nicht, und fallen der Gesellschaft also auch nicht die durch Ueberwinterung oder Eisgefahr verursachten Kosten der Ausladung, Lagerung oder Wiedereinladung zur Last."

†) Nach Art. 824 Ziff. 1 des H.G.B. trägt der Versicherer, so weit nicht Anderes bestimmt ist, insbesondere der Gefahr der Elementarereignisse und der sonstigen Seeunfälle, selbst wenn diese durch das Verschulden eines Dritten veranlaßt sind, als: Eindringen des Seewassers. . . . vergl. hiezu insbesondere die Ziff. 4 des Art. 825.

die Transportanten (Frachtführer) nicht selbst haften, allgemein richtig erscheint, braucht hier nicht näher untersucht zu werden, weil dieser Punkt für den vorliegenden Fall von gar keiner erheblichen Bedeutung ist, da im §. 12 der Policebedingungen *) die Haftbarkeit der Gesellschaft auch im Falle der Fahrlässigkeit des Schiffers oder anderer Personen, vorbehaltlich ihres vom Versicherten in angemessener Weise zu unterstützenden Rückgriffs gegen die Ersteren, bestimmt und klar anerkannt ist, so daß hierüber kein Zweifel Statt finden kann. Wenn daher auch, in Bezug auf das mögliche Auspumpen des Wassers, der Schiffer zu wenig gethan haben sollte, so würde es der Klage nicht entgegenstehen.

Der Einwand wegen nicht bewirkter Einhaltung der Fracht und Beschlagnahme des Schiffes von Seiten der Versicherten gemäß §. 12, nach den hier vorliegenden Umständen ohnehin einer genügenden Begründung völlig entbehrend, ist im gegenwärtigen Rechtsverfahren nur vorbehaltsweise, nicht als eine schon hier in Betracht kommende Schutzrede geltend gemacht, daher schon deßhalb hier nicht weiter zu prüfen und zu berücksichtigen.

Hiernach zeigt sich die Entscheidung der vorderen Gerichte als durchaus gerechtfertigt; die Zurückweisung der Widerklage ergibt sich nach obigem Ergebniß von selbst. E. Brauer.

71.

Ist §. 459 auf die Fälle zu beschränken, wenn der Thäter die Urkunde schon besitzt, oder auch auf die Fälle anwendbar, wo er sich den Besitz erst verschafft hat?

Siehe Puchelt, Strafgesetzbuch Note 4 zu §. 459 S. 715 und die dort bezeichnete Literatur.

In Anklagesachen
gegen
den Bierbrauer Heinrich Schmidt von Karlsruhe,
wegen Unterdrückung einer Urkunde,

war dem in der Anzeige der Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemachten Beschwerdegrund, daß in Folge unrichtiger Auslegung, bezw. unrichtiger Anwendung des §. 459 des Str.G.B. die von dem Angeklagten vernichtete Bürgschaftsurkunde vom 1. Juli 1867 als eine Urkunde angesehen wurde, auf welche Gabriel Kaufmann nach den Vorschriften der bürgerlichen Prozeßordnung Ansprüche hatte, in der mündlichen Verhandlung noch als weitere Beschwerde beigefügt, daß der Thatbestand des in obigem §. bezeichneten Verbrechens als vorhanden angenommen worden, obgleich hiezu erforderlich sei, daß der Urheber der That schon vor Verübung derselben im rechtmäßigen Besitz der Urkunde sich befunden habe, im vorliegenden Falle aber durch die Entscheidungsgründe des erkennenden Gerichtshofes festgestellt sei, daß der Angeklagte erst bei Verübung der That den Besitz der Urkunde ergriffen habe.

Diese Beschwerde ist jedoch durch Urtheil des großh. Oberhofgerichts vom 28. März 1868 aus folgenden

Gründen

verworfen worden:

„Wenn man die letztere Beschwerde auch jetzt noch für zulässig erachtet, so stellt sich doch dieselbe als unbegründet dar, indem der §. 459 des Str.G.B. zwischen dem Fall, wo der Thäter eine schon in seinem Besitz befindliche Urkunde vernichtet, und dem Fall, wo er zu diesem Zweck auf rechtswidrige Weise sich erst in den Besitz gesetzt hat, nicht unterscheidet, auch nach dem Grund und Zweck des Gesetzes eine solche Unterscheidung sich nicht rechtfertigt, der Umstand aber, daß §. 459 auf die von der Verpflichtung zur Herausgabe oder Vorlage von Urkunden handelnden Vorschriften der bürgerlichen Prozeßordnung hinweist, zu der von dem Angeklagten geltend gemachten Beschränkung nicht berechtigt, da mit dieser Hinweisung nur die Qualification der Urkunde — nämlich bestimmt werden soll, daß der Andere, zu dessen Nachtheil die That verübt wird, nach jenen Vorschriften ein Recht auf die Urkunde gehabt haben müsse.

Wäre aber auch §. 459 auf eine Urkundenunterdrückung, bei welcher, wie im vorliegenden Fall, der Thäter erst den Besitz der Urkunde eigenmächtig ergriffen hat, nicht anwendbar, so würde diese That zweifellos als ein Verbrechen von höherer Strafbarkeit, als dasjenige, wo der Thäter schon im Besitz der Urkunde sich befand, erscheinen, und deßhalb der Angeklagte, wenn er

*) Die Bestimmung dieses §. 12 entspricht der Vorschrift des Art. 826 des H.G.B.

in Anwendung des §. 459 nur wegen des geringeren Verbrechens bestraft würde, keinenfalls in materieller Hinsicht beschwert sein." Red.

72.

Zahlung zur Ungebühr.

L.R.S. 1376. 1377. 1378. 1235.

Das Thatsächliche des Rechtsstreites und die rechtliche Würdigung desselben ist aus nachstehenden Entscheidungsgründen zu entnehmen, welche dem die Klage abweisenden Urtheile der I. Civilkammer des Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe vom 8. Juli 1867 beigegeben worden sind. Dieselben lauten:

Die Klage gründet sich auf folgende Behauptungen:

„Am 20. November 1848 lieh Schneider Friedrich D. den Wilhelm Müller'schen und den Noah Müller'schen Eheleuten die Summe von 165 fl., verzinslich zu 5 pCt. Der Bruder des Darleihers, Advocat Conrad D., betheiligte sich bei dem Aufstande des Jahres 1849; in der hierwegen gegen ihn eingeleiteten Untersuchung wurde sein Vermögen zum Vortheile der großh. Staatskasse mit Beschlag belegt und die Verwaltung desselben dem — Seitens des Untersuchungsgerichtes aufgestellten Abwesenheitspfleger L. M. übertragen.

Von der irrigen Unterstellung ausgehend, daß die erwähnte Darlehnsforderung dem Conrad (nicht dem Friedrich) D. gehöre, erließ das großh. Stadtamt Carlsruhe als Untersuchungsgericht am 8. Februar 1850 an den Bürgermeister von Büchig, welcher als Vorstand des dortigen Pfandgerichtes die Heimzahlung des Darlehens zu besorgen hatte, die Weisung, die Summe von 165 fl. nebst 5 pCt. Zinsen vom 20. November 1848 bis 16. Januar 1850 an den Abwesenheitspfleger L. M. abzuliefern. Demzufolge wurde am 8. Februar 1850 das Darleben an L. M. abgetragen, und zwar die Kapitalsumme von 165 fl. und ein Zinsbetrag von 10 fl. 30 kr.

Im Jahre 1853 starb Schneider Friedrich D. und hinterließ als Erbin seine Schwester Wilhelmine, welch' letztere im Jahre 1865 die Erben der Darlehnsschuldner auf Zahlung der 165 fl. sammt 5 pCt. Zins vom 20. November 1848 an — belangte und unterm 24. April 1866 ein Urtheil des großh. Amtsgerichts Carlsruhe erwirkte, durch welches die Beklagten für schuldig erklärt wurden, 165 fl. nebst 5 pCt. Zins vom 3. März 1861 an zu bezahlen und einen Theil der Prozeßkosten zu tragen. Gegen dieses Erkenntniß ergriffen die damaligen Beklagten die Berufung und verkündeten der großh. Generalstaatskasse als Vertreterin des Fiscus den Streit. Die Eröffnung des bezüglichen Beschlusses an die Generalstaatskasse erfolgte am 8. September v. J. Durch Urtheil des großh. Appellationssenates vom 6. October 1866, No. 2217, wurde indessen das erstinstanzliche Urtheil unter Verfällung der Appellanten in die Kosten des zweiten Rechtszuges bestätigt. Abwesenheitspfleger L. M. überlieferte das an ihn bezahlte Geld dem großh. Fiscus." — —

„Gestützt auf diese Behauptungen erachten sich die Kläger (die Erben der Darlehnsschuldner) für berechtigt, den Ersatz der Summen, welche sie nach den erwähnten Urtheilen an Wilhelmine D. zu leisten hatten, nämlich 165 fl., und 5 pCt. Zins hieraus vom 3. März 1861 bis Anfang 1867 mit 47 fl. 44 kr., von dem Beklagten, dem großh. Fiscus, zu begehren; sie erachten sich ferner für berechtigt, von dem letzteren den Ersatz der Kosten zu verlangen, welche sie im angeblichen Betrage von 104 fl. 3 kr. in dem mit Wilhelmine D. geführten Rechtsstreite theils dieser zu vergüten, theils selbst aufzuwenden hatten, und sie beantragen demgemäß die Verurtheilung des großh. Fiscus zur Zahlung von 316 fl. 47 kr. sammt 5 pCt. Zins vom Zustellungstage der Klage.

Die erhobene Klage kann nur aus L.R.S. 1377 (1235) begründet werden. Wenn die Kläger, oder deren Stellvertreter, Bürgermeister F. von Büchig, der irrigen Meinung waren, sie seien das Darlehen dem Conrad D. schuldig, und wenn in Folge dieses Irrthums die Zahlung vom 3. Februar 1850 an den für Conrad D. bestellten Abwesenheitspfleger erfolgte, so sind die Kläger unter der Voraussetzung, daß die dem Abwesenheitspfleger behändigte Summe dem Beklagten ausgefolgt wurde, berechtigt, diese zur Ungebühr geleistete Zahlung zurückzufordern. Ihr Rückforderungsrecht beschränkt sich aber in diesem Falle auf die Summe von 165 fl. und 10 fl. 30 kr., der Fiscus ist keinenfalls

verpflichtet, die vom 3. März 1861 bis Anfang 1867 aufgelaufenen Zinse zu vergüten. Gegenstand der Rückforderungsklage ist nicht der Betrag, den die Kläger an Wilhelmine D. bezahlen mußten, sondern der Betrag, den sie an den Fiscus bezahlt haben wollen, und das Gesetz verpflichtet in L.R.S. 1378 ausdrücklich nur den, der eine ungebührliche Zahlung wissentlich annahm, zum Ersatze der Zinse vom Tage der empfangenen Zahlung. Daß sich aber der Fiscus bei dem angeblichen Empfange der Zahlung in bösem Glauben befunden habe, ist nicht behauptet worden, und konnte auch nicht behauptet werden.

Wie das auf Ersatz der Zinse vom 3. März 1861 bis Anfang 1867 gerichtete Begehren, so entbehrt auch das den Ersatz der im Vorprozesse erwachsenen Prozeßkosten betreffende Gesuch der rechtlichen Begründung. Die Gestattung der Rückforderung einer zur Ungebühr geleisteten Zahlung beruht auf dem Grundsatze, daß sich Niemand zum Schaden eines Andern bereichern solle; es kann deßhalb nur die Summe zurückgefordert werden, um welche der Empfänger wirklich bereichert worden ist. (Jahrbücher für bad. Recht I. S. 115. 116.) Daß bezüglich der Prozeßkosten von einer Bereicherung des Fiskus nicht die Rede sein kann, ist selbstverständlich. Der begehrte Kostenersatz läßt sich auch nicht durch Berufung auf ein dem Fiscus zur Last fallendes Verschulden rechtfertigen, da bei Zahlung und Empfang einer Nichtschuld der Zahlende und der Empfangende, abgesehen von dem Falle, da sich der Letztere in bösem Glauben befindet, den Irrthum und das Verschulden mit einander theilen. Hieran ändert der Umstand, daß dem Beklagten in der zweiten Instanz der Streit verkündet worden ist, Nichts.

Was aber die demnach allein in Frage kommende Rückforderung der Zahlung von 175 fl. 30 kr. anbelangt, so erscheint die Klage deßhalb verwerflich, weil das Fundament derselben, nämlich die vom Beklagten widersprochene Behauptung, daß diese Zahlung dem Fiscus zu gut gekommen sei, thatsächlich nicht begründet werden konnte. Der Beschlag auf das Vermögen des Flüchtigen wurde nicht, wie die Kläger behaupten, lediglich zu Gunsten des Fiscus, sondern in erster Reihe im öffentlichen Interesse, der Strafrechtspflege wegen, angelegt, und der Abwesenheitspfleger, welcher ausweislich der vorgelegten Acten am 14. August 1849 von dem Untersuchungsgerichte aufgestellt wurde, war kein Bevollmächtigter des Fiscus, sondern ein im Interesse der Strafrechtspflege und des Beschädigten aufgestellter Verwalter des dem Conrad D. gehörigen Vermögens (Ges. vom 1. August 1849 Reggsbl. S. 395; Vollzugsverordnung großh. Justizministeriums vom 26. Juli 1850.) Zahlungen, die diesem Abwesenheitspfleger geleistet wurden, können deßhalb nicht ohne Weiteres als Zahlungen an den Fiskus angesehen werden.

Der Anwalt der Kläger hat nun allerdings behauptet, das fragliche Geld sei dem Fiskus von dem Pfleger überliefert worden. Zur thatsächlichen Begründung dieser Behauptung würde aber die Bezeichnung der Zeit und der Kasse gehören, an welche die Ablieferung erfolgte, denn nur durch diese Darlegung würde dem Beklagten die Möglichkeit gewährt sein, sich über die Richtigkeit des kläger'schen Vorbringens zu vergewissern und gegen das Vorbringen selbst sachgemäß zu vertheidigen (§. 247 der Pr.O.). Diese unerläßliche thatsächliche Begründung der angeblichen Bereicherung des Fiskus vermochte der kläger'sche Anwalt auch auf die bei der mündlichen Verhandlung an ihn gerichtete Frage nicht zu geben. Der Klagevortrag gibt keinen Aufschluß darüber, ob die 175 fl. 30 kr. zur theilweisen Tilgung der Entschädigungsansprüche des Fiskus, ob und in welcher Weise sie zur Deckung von Sporteln oder zur Tilgung von anderweiten Untersuchungskosten verwendet worden sind. Daß übrigens die fragliche Summe wenigstens nach dem (am 18. Mai 1852 zwischen dem Fiskus und Friedrich D.) über die Entschädigungsansprüche des Fiskus abgeschlossenen Vergleiche keineswegs für den letzteren verwendet worden ist, geht aus dem Inhalte der, vom Anwalte des Beklagten vorgelegten, vom Vertreter der Kläger anerkannten Vergleichsurkunde hervor.

Die Behauptung der Bereicherung des Fiscus, so wie sie vorgetragen ward, erscheint nicht als der Vortrag einer positiven Thatsache, sondern als eine, aus der Zahlung an den Abwesenheitspfleger gezogene, ungerechtfertigte Folgerung, und es konnte bei dieser Sachlage dem von dem kläger'schen Anwalte gestellten, von dem Gegentheile aber bekämpften Antrage, eine neue Tagfahrt zur Begründung des mehrerwähnten Bestandtheiles der Klage anzuberaumen, keine Folge gegeben werden. Bei dieser Sachlage kommt es auf eine Prüfung der Frage, welcher Antheil den einzelnen Klägern an den

fraglichen 175 fl. 30 kr. zusteht, nicht an, es war vielmehr, wie geschehen, zu erkennen. Die Entscheidung bezüglich des Kostenpunktes beruht auf §. 169 der Pr.O. —"

Dr. Gebhard.

73.

Oberhofgerichtliche Entscheidungen über Fragen aus dem Gantrecht.

I.

Kann ein Kauf von Bäumen zum Fällen — gegen die Unterpfandsgläubiger in der Gant des Verkäufers geltend gemacht werden?

In Sachen

mehrerer Gläubiger, hier insbesondere des Cyprian Mahler auf dem Käshof, Gemeinde Pfaffenweiler, Liquidanten, Appellanten, Oberappellanten

gegen

die Gantmasse des Xaver Mahler in Pfaffenweiler, vertreten durch den Gantanwalt, Anwalt Osner in Villingen, Liquidatin, und Israel Bernheimer von Gailingen rc. Beklagte, Nebenintervenienten, Appellaten, Oberappellaten,

Vertragserfüllung betr.

Der Liquidant Cyprian Mahler erachtete sich für beschwert, weil er mit seinem Begehren, die Gantmasse seines Sohnes Xaver für schuldig zu erklären, anzuerkennen, daß er während 20 Jahren, vom 27. Oktober 1863 an, befugt sei, die in der Masse befindlichen 13 Jauchert Wald abzuholzen, und daß dieselben nur unter dem Vorbehalte dieses Rechts zu versteigern seien, abgewiesen worden ist.

Zur Begründung seines Anspruchs hatte Liquidant eine Privaturkunde vom 23. September 1863 vorgelegt, wornach ihm sein Sohn Xaver an diesem Tage, vor dem am 26. März 1866 ausgesprochenen Ganterkenntniß, die fraglichen Bäume um den Preis von 2000 fl. zum Abholzen innerhalb 20 Jahren verkauft hat. Das großh. Oberhofgericht erließ jedoch am 2. Dezember 1867 ein bestätigendes Urtheil aus folgenden

Gründen:

Dieser Kaufvertrag (L.R.S. 1582) gilt zwar unter den Parteien als über Fahrniß abgeschlossen;

Zachariä §. 170 vor Note 17 Bd. I. S. 404.
Aubry et Rau §. 164 Tom. II. p. 9.
Demolombe (Bruxelles) T. V. nro. 160. 1.

insoweit aber die verkauften Bäume zur Zeit des Gantausbruchs noch standen, somit liegenschaftliche Bestandtheile des nach §. 728 der Pr.O. zur Gantmasse gehörigen Waldes bildeten,

L.R.S. 521.
Zachariä §. 170 vor Note 10 Bd. I. S. 403.
Jahrb. n. F. X. S. 252.
Demolombe l. c. No. 136.
Duranton IV. 32 ff.

kann Liquidant den am 27. Oktober 1863 abgeschlossenen Kaufvertrag jedenfalls gegenüber den Gläubigern mit älterem Pfandrechte nicht geltend machen; aber auch den Gläubigern mit späterem Pfandrechte kann solcher nicht entgegengehalten werden, weil auch zur Zeit der Entstehung dieser Pfandrechte der Wald mit den ihn bildenden Bäumen noch als Eigenthum ihres Schuldners öffentlich bezeichnet war, sonach der ganze Wald eben so von diesen Pfandrechten erfaßt wurde.

Aubry et Rau §. 164 Note 37. 39 Tom. II. p. 10.
Demolombe Tom. V. p. 37. 38 nro. 187. 188. 189.

Die Pfandgläubiger des Gantmanns waren daher zur Bekämpfung des von dem Liquidanten erhobenen Anspruchs berufen, wogegen die Gläubiger V. Ordnung dem in IV. Ordnung gesetzten Liquidanten mit dem Anspruch auf Befriedigung aus dem, nach Zahlung der Gläubiger früherer Ordnungen etwa erübrigenden Reste des Erlöses aus den Liegenschaften der Masse jedenfalls nachstehen.

II.

Wenn Ansprüche auf den Liegenschaftserlös in einer Gant erhoben werden, so sind sie nicht blos gegen die Vertreter der Masse, sondern auch gegen die betheiligten Gläubiger III. Ordnung auszutragen.

Eine Abänderung des Ganturtheils zum Nachtheil dieser Gläubiger liegt nicht vor, wenn das Urtheil des Obergerichts nicht auch ihnen gegenüber erwirkt worden ist.

L.R.S. 1351. 1165.
§. 814 der Pr.O.

Die Gantgläubiger sind nicht verpflichtet, persönliche Verbindlichkeiten des Gantmanns zu erfüllen; für solche Verbindlichkeiten und die aus ihrer Nichterfüllung, beziehungsweise Auflösung entspringenden Entschädigungen haftet nur die Gantmasse.

Conrad Andelfinger hatte Liegenschaften des Joseph Kessinger in Pacht.

In §. 15 des in öffentlicher Urkunde geschlossenen Pachtvertrags war dem Verpächter das Recht vorbehalten, demselben den Pacht vor Ablauf der mehrjährigen Pachtzeit aufzukünden, dagegen aber dem Pächter für diesen Fall eine Abfindungssumme von 900 fl. bedungen.

Während des Laufs der Pachtzeit brach gegen den Verpächter die Gant aus. In dieser liquidirte u. A. die Ehefrau desselben. Vor Verkündung des Ganturtheils kündigte der Gläubigerausschuß dem Pächter mit Bezug auf den Vorbehalt im Pachtvertrag den Pacht der zur Versteigerung ausgesetzten Liegenschaften auf, worauf der Pächter seine Abfindungsforderung gegen die Gläubiger mit dem Anspruch auf Befriedigung mittelst des Erlöses aus den Pachtgütern geltend machte.

Dieser Anspruch wurde zurückgewiesen und in den Gründen zum Ganturtheil, in welchem die Ehefrau in III. Ordnung locirt ward, hierauf Bezug genommen. Auf die Appellation des Conrad Andelfinger erging am 6. September 1864 ein hofgerichtliches Urtheil gegen die Vertreter der Masse, welches jenem Anspruch Folge gab.

In dem Vertheilungsbescheid wurde hiernach Andelfinger auf den Liegenschaftserlös vor allen andern Gläubigern verwiesen und dadurch der Betrag der Zahlungsmittel auch zum Nachtheil der Ehefrau des Gantmannes bedeutend geschmälert. Sie machte deßhalb bei Eröffnung des Vertheilungsbescheids hiergegen Erinnerungen, indem sie sich auf die zu ihren Gunsten eingetretene Rechtskraft des Ganturtheils sowie darauf berief, daß das hofgerichtliche Urtheil vom 6. September 1864 nicht ihr gegenüber erwirkt sei, daher ihre durch das Ganturtheil erworbenen Rechte nicht beeinträchtigen könne. Der Vertheilungsbescheid müsse daher mit dem Ganturtheil in Einklang gesetzt werden. Hierauf erging

J. S.

der Ehefrau des Jos. Kessinger, Agatha geborenen Margraf von Stetten, nun in Allmannsdorf, Klägerin, Appellantin, Oberappellantin,

gegen

die Gantmasse ihres Ehemannes, nun gegen Konrad Andelfinger von Schönbuch, Beklagten, Appellaten, Oberappellaten,

Einsprache gegen den Vertheilungsbescheid betr.,

ein Erkenntniß des großh. Amtsgerichts Meersburg vom 13. Juli 1865, No. 5775, dahin:

Es sei die von der Ehefrau des Gantmanns ꝛc. erhobene Beschwerde gegen den Vertheilungsbescheid, unter Verfällung derselben in die hierdurch verursachten Kosten, als unbegründet zu verwerfen.

Auf die Appellation der Ehefrau des Gantmanns (§. 822 der Pr.O.) wurde durch Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Konstanz, Appellationssenat, vom 12. März 1867, No. 2808, jenes Erkenntniß des großh. Amtsgerichts Meersburg unter Verfällung derselben in die Kosten des Rechtszuges bestätigt.

Sie ergriff nunmehr die Oberappellation, und von großh. Oberhofgericht wurde am 17. Dezember 1867 zu Recht erkannt:

Die Urtheile der beiden Vorderinstanzen seien unter Verfällung des Beklagten, Konrad Andelfinger, in die Kosten aller drei Instanzen, dahin abzuändern:

Es seien die dem Konrad Andelfinger im Vertheilungsbescheid zugewiesenen 900 fl. gegenüber der Klägerin als ein Theil des Erlöses der Liegenschaften, auf welche ihr Pfandrecht zuerkannt ist, zu dem Vermögen der dritten Ordnung zu ziehen und ihr zu ihrer theilweisen Befriedigung zuzuscheiden.

Entscheidungsgründe.

Die Oberappellantin erscheint durch die Urtheile der beiden vordern Instanzen als beschwert, indem ihre Einsprache gegen den Vertheilungsbescheid, durch welchen die Entschädigungsforderung des Konrad Andelfinger im Betrag von 900 fl. in Folge des hofgerichtlichen Urtheils vom 6. September 1864 als eine außerhalb der Gant zu befriedigende verwiesen worden ist, als begründet zu betrachten ist.

Insofern man nämlich bei jener Entscheidung vom 6. September 1864, so wie bei der neuerlichen des Ap-

pellationssenats vom 12. März d. J. von der Ansicht ausging, daß die Forderung Andelfingers als eine Masseschuld im engeren Sinne, d. h. als eine solche zu betrachten sei, welche von der Gesammtgläubigerschaft als solcher zu tragen, und welche daher vor allen Gläubigern, also außer der Gant, zu befriedigen sei, so muß diese Anschauung als unrichtig erachtet werden.

Sämmtliches Vermögen des Gemeinschuldners, bestehe es in Liegenschaften oder Fahrnissen, sei es in dessen Besitz oder nicht, verpfändet oder nicht, bildet die Gantmasse, Pr.O. §. 728.

Auf dieses Vermögen greifen die Gantgläubiger, um sich daraus für ihre Ansprüche an den Cridar befriedigt zu machen; sie sind aber hierdurch weder als Universal- noch schlechthin als Singularsuccessoren in dieses Vermögen anzusehen; sondern sie erlangen durch den Gantausbruch nur die Befugniß, das Vermögen des Cridars, gleichwie im Vollstreckungswege, unter Mitwirkung des Gantgerichts, welches mit der Ganteröffnung verpflichtet ist, sich dieses Vermögens zu versichern, §. 717 der Pr.O., zur Veräußerung zu bringen und nach gesetzlicher Ordnung unter sich zu vertheilen. Der Cridar bleibt somit bis zur vollzogenen Veräußerung rechtlich der Eigenthümer seines Vermögens und diese letztere wird lediglich in seinem Namen vorgenommen.

Die Gantgläubiger haben nun zwar alle auf dem Vermögen des Gemeinschuldners haftenden dinglichen Lasten zu respectiren; allein in seine persönlichen Verbindlichkeiten, die er vor dem Gantausbruche eingegangen hatte, einzutreten, können sie nicht genöthigt und daher nicht dafür verpflichtet gehalten werden, derartige Verbindlichkeiten anzuerkennen. Die Gantgläubiger waren deßhalb nicht verbunden, den vom Cridar vor Ausbruch seiner Gant mit Andelfinger eingegangenen Pacht, mochte derselbe auch in einer öffentlichen Urkunde abgeschlossen worden sein, bis zum Ablauf der vertragsmäßigen Pachtzeit fortzusetzen und sie, resp. ihre Vertreter, der Gläubigerausschuß, waren daher, auch abgesehen von der Bestimmung des §. 15 des Pachtvertrags, befugt, diesen Vertrag zu kündigen und damit das Pachtverhältniß aufzulösen und die Liegenschaften frei von demselben zur Veräußerung zu bringen. Der hierdurch für den Pächter entstehende Entschädigungsanspruch hatte lediglich seinen Grund in dem vor dem Gantausbruch vom Gemeinschuldner eingegangenen Pachtvertrage und war somit ebenfalls eine persönliche Schuld des Cridars, in dessen Namen die Veräußerung erfolgt ist, und es bestund für diese Schuld keinerlei Vorzugs- oder Unterpfandsrecht; sie war daher in gewöhnlicher Weise in der Gant zu liquidiren; sie begründete aber insbesondere kein Forderungsrecht an die übrigen Gantgläubiger, oder an die Masse als solche, da jene nur von einer Befugniß, den Pachtvertrag nicht weiter fortzusetzen, Gebrauch gemacht haben und es konnten hierdurch namentlich nicht ältere Vorzugs- oder Unterpfandsrechte, worunter insbesondere dasjenige der Ehefrau des Gantmanns gehört, beeinträchtigt werden.

Holzschuher III. S. 218—220.

Man kann sich auch nicht zur Vertheidigung der gegentheiligen Ansicht auf das im L.R.S. 1749 dem Pächter gewährte Retentionsrecht berufen. Denn dieses Innebehaltungsrecht ist kein dingliches, einen Vorzug vor andern Gläubigern begründendes, sondern es ist ein rein persönliches, dem Pächter gegen den Verpächter zustehendes Recht, welches als solches ebenfalls mit dem Gantausbruch erlosch; es könnte dieses Recht um so weniger ältere Vorzugs- und Unterpfandsgläubigern mit Rechtswirkung entgegengehalten werden, als ja nicht einmal der mit einem stärkern Recht versehene Faustpfandgläubiger befugt ist, von dem Retentionsrecht gegenüber solchen Gläubigern Gebrauch zu machen, deren Forderungen ein stärkeres Vorzugsrecht auf das Faustpfand zukommt.

Jahrbücher für bad. Recht S. 194—197.

Hiernach war also in der That der Anspruch des Conrad Andelfinger, mittelst dessen er für seine Entschädigungsforderung von 900 fl. Befriedigung außerhalb der Gant verlangte, nicht begründet.

Was nun aber das hofgerichtliche Urtheil vom 6. September 1864 betrifft, so erscheint dieses der Oberappellantin gegenüber lediglich als eine res inter alios acta und kann somit gegen sie keine Rechtswirkung äußern.

Nach dem amtsgerichtlichen Urtheile vom 21. Oktober 1863 und dem Erläuterungserkenntniß vom 18. Mai 1864 war Andelfinger mit seiner Entschädigungsforderung nur in sofern abgewiesen, als er deren Befriedigung aus dem Erlöse der Pachtobjecte außer der Gant forderte, vorbehaltlich seines Rechts, diese Forderung bei der Gant anzumelden und ihre Locirung in gesetzlicher Ordnung zu verlangen.

Die Richtigkeit dieser Forderung war hiernach nicht bestritten, vielmehr nur sein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus den ihm verpachteten Liegenschaften zurückgewiesen. Die betreffende, wenn auch allgemein lautende Stelle des Ganturtheils findet hierin und in den hiezu gehörigen Entscheidungsgründen seine beschränkende Erläuterung. Indem nun Andelfinger hiegegen die Appellation ergriff, so betraf jedenfalls dieser Streit nicht sowohl die Interessen der Gesammtheit der Gläubiger, als vielmehr diejenigen der Vorzugs- und Unterpfandsgläubiger, da er Befriedigung aus dem Erlöse von Masseliegenschaften außerhalb der Gant verlangte, also ein Vorrecht vor diesen bevorzugten Gläubigern in Anspruch nahm. Wenn also die Entscheidung dieses Streits mit Rechtswirkung gegen diese letztern Gläubiger erfolgen sollte, war nach §. 814 der Pr.O. erforderlich, daß derselbe auch gegen diese geführt und die Entscheidung gegen sie erlassen worden wäre.

Das von Andelfinger ergriffene Rechtsmittel war aber nicht gegen die Vorzugs- und Unterpfandsgläubiger, sondern nur gegen die Masse als solche gerichtet, und die Erstern wurden auch zu dem Streit nicht beigezogen und waren in demselben nicht vertreten, sondern es wurde nur dem Massepfleger als Stellvertreter des Gantanwalts die Ladungsverfügung zugestellt und nur diesem das Urtheil vom 6. September 1864 behändigt; in jener Eigenschaft war aber der Massepfleger nur befugt, die gemeinschaftlichen Interessen sämmtlicher Gläubiger, also die Fragen über die Richtigkeit und den Betrag eines erhobenen Anspruchs zu vertreten, keineswegs aber war er legitimirt, Streitigkeiten, welche das rechtliche Interesse der einzelnen Gläubiger unter sich, namentlich des Vorrangs des Einen derselben vor dem Andern betrafen, auszutragen.

§. 812 der Pr.O., Motive zu §. 920—924 der Pr.O. von 1831.

Hiernach kann also das Ganturtheil der Oberappellantin, als Unterpfandsgläubigerin, gegenüber nicht als angefochten gelten; insoweit es ihren Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus den Masseliegenschaften betrifft, ist dasselbe daher nach §. 814 Abs. 2 der Pr.O. in Rechtskraft übergegangen und der Vertheilungsbescheid, welcher gleichwohl dem K. Andelfinger vorzugsweise Befriedigung außerhalb der Gant, also auch vor der Oberappellantin, zuweist, ist deßhalb dem rechtskräftigen Ganturtheil nicht gemäß und somit für die Letztere beschwerend. §. 822 der Pr.O. Selbstverständlich wird dagegen das Rechtsverhältniß Andelfingers den andern Gläubigern gegenüber durch dieses Urtheil nicht berührt.

III.

Der Betrag des dem Gantmann nach §. 743 der Pr.O. ausgeworfenen Nahrungsgehalts bildet nicht eine unabänderlich festgesetzte Rente, sondern kann wegen später eingetretener Aenderungen in den Verhältnissen des Gantmanns oder der Gantmasse (erhöht oder) ermäßigt werden.

In Sachen
mehrerer Gläubiger
gegen
die Gantmasse des Freiherrn Friedrich von B. zu R.,
Forderung und Vorzug, hier den Sustentationsgehalt des Gemeinschuldners betr.,

hatte sich der Appellant in erster Reihe darüber beschwert, daß eine Ermäßigung des, ihm schon im Jahr 1847 bei Beginn der Gant bewilligten Nothdurftsgehaltes von 1200 fl. jährlich überhaupt als statthaft angesehen wurde, während dieser Gehalt schon an sich, überdieß wegen besonderer Anerkennung desselben als einer, ein für allemal feststehenden, unabänderlichen Grundlast in verschiedenen nachgefolgten Vorgängen, und auch im Sinne des §. 917 der Pr.O. als Nahrungs- oder Nothdurftsgehalt unangreifbar erscheine, allein diese Beschwerde wurde von großh. Oberhofgericht durch Urtheil vom 30. Januar 1838 als unbegründet erklärt.

Gründe:

„Es ergibt sich schon aus der Natur des Nothdurftsgehaltes selbst, daß dieser Gehalt, der nur einen nothdürftigen, nicht einen standesmäßigen Unterhalt gewähren soll, nicht als eine, ein für allemal unabänderlich feststehende Rente betrachtet werden kann. Mochte in dieser Beziehung, wie dies bei der ersten vorläufigen Festsetzung des Betrags allerdings geschah, ein besonderer Vorbehalt wegen etwaiger späterer Abänderung bei geänderten Verhältnissen ausdrücklich gemacht worden sein oder nicht, so verstand es sich nach Zweck und Bestimmung des Gehalts als einer Art Unterhalts-

rente nach Maßgabe der in den Landrechtssätzen 208. 209 (vergl. auch §. 16 des Gesetzes über die bürgerlichen Folgen der Verbrechen vom 6. März 1845) anerkannten Grundsätze und vermöge der Regel des L.R.S. 1160 ganz von selbst, daß dann, wenn in der Folge die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse des Gemeinschuldners oder auch nach Umständen der Masse sich wesentlich ändern würden, eine entsprechende Ermäßigung der Rente zu jeder Zeit noch Platz greifen konnte.

Eine spätere vertragsmäßige Vereinbarung mit der Gläubigerschaft über die Feststellung der fraglichen Rente als einer für immer bleibenden und unabänderlichen liegt keineswegs vor.

Alle vom Freiherr von B. geltend gemachten besonderen Vorgänge, worin derselbe eine Anerkennung des festgesetzten Nothdurftsgehalts als einer bleibenden, unabänderlichen Grundlast finden zu können glaubt, sind schon an sich offenbar nicht geeignet, eine die Gläubigerschaft bindende Anerkennung der unbedingten Unabänderlichkeit der Rente, die sich wesentlich nach dem Bedürfniß richtet, zu begründen und selbst, wenn von Seiten des Gläubigerausschusses oder auch des Gantgerichts in unbestimmter Weise Ausdrücke gebraucht worden wären, welche etwa in solchem Sinne gedeutet werden könnten, so müßten sie nach Obigem in einer dem Rechte der Gläubiger nicht vorgreifenden Weise aufgefaßt werden, da ein Verzicht zum Nachtheil der Gläubigerschaft nicht zu vermuthen und nach Sachlage auch überall nicht anzunehmen ist.

Dazu kommt aber der sehr erhebliche Umstand, daß die Hauptverträge, auf welche Freiherr von B. sich beruft ꝛc., wegen Beanstandung gar nicht zum Vollzug gelangen konnten, daher auch in einzelnen Punkten um so weniger als Acte der Anerkennung geltend gemacht werden können.

Der von demselben mitangeführte Thatumstand, daß er die Führung des Rechtsstreites wegen Stammgutsergänzung mit Einwilligung der Gantgläubiger auf seine Gefahr und Kosten übernahm, ist abgesehen davon, daß sich etwa hieraus entnehmen läßt, wie Freiherr von B. einen Theil seines Nothdurftsgehaltes zur Bestreitung von Kosten verwenden konnte, von gar keiner erheblichen Bedeutung.

Endlich bedarf es keiner weitern Nachweisung, daß §. 917 der Pr.O. hier keine Anwendung finden kann, da es sich hier nicht um eine Beschlagnahme des Nothdurftsgehaltes zu Gunsten dritter Gläubiger, sondern vielmehr um einen Streit über das Bestehen und die Fortdauer des Gehaltes selbst handelt."

— Es fragte sich hienach nur noch, ob durch die jetzigen Verhältnisse — in Vergleichung mit den frühern — eine Ermäßigung des im Jahr 1847 festgesetzten Nothdurftsgehalts und in dem angenommenen Maaße sich rechtfertigt.

Das großh. Kreis- und Hofgericht Freiburg, Appellationssenat, hatte am 26. Juli 1867, No. 2259 — das frühere Hofgericht als Gantgericht vertretend — erkannt:

„Wird der bisherige, aus den paratesten Mitteln des Gantmassevermögens dem Cridar bewilligte, Sustentationsgehalt von jährlichen 1200 fl. hierdurch auf jährliche 600 fl. und zwar vom 1. August d. J. beginnend — ermäßigt;" —

und dieses Erkenntniß wurde auf die vom Gantmanne hiergegen ergriffene Appellation nach gepflogenen Verhandlungen von großh. Oberhofgericht durch Urtheil vom 30. Januar 1868 dahin theils bestätigt, theils abgeändert:

Daß der in jenem Erkenntniß bezeichnete Sustentationsgehalt von jährlich 1200 fl. auf jährlich achthundert Gulden (statt 600 fl.) vom 1. August 1867 beginnend ermäßigt werde.

—. Die Kosten dieses Rechtszugs wurden wettgeschlagen.

Gründe:

„Eine Ermäßigung zeigt sich allerdings als gerechtfertigt, wenn man erwägt, daß zur Zeit der Festsetzung des Nothdurftsgehaltes auf den erheblichen Umstand Rücksicht zu nehmen war, daß Freiherr von B. damals für die Erziehung seiner, zu jener Zeit noch minderjährigen fünf Kinder zu sorgen hatte, während dieselben seither (in der Zeit von 1850—1859) insgesammt volljährig geworden und die Söhne durch Staatsanstellung, die Töchter durch Verheirathung, versorgt worden sind, und daß Freiherr von B. neben dem Gehalte seine volle Militärpension mit 380 fl., auch eine Leibrente von 26 fl. jährlich, bezieht, auf der andern Seite aber das Ergebniß der Vertheilung der Masse sich für die Gläubiger sehr ungünstig herausgestellt hat, wozu übrigens, wie es scheint, die nicht vortheilhafte

Art der Masseverwaltung mehr oder weniger beigetragen hat.

Gegenüber diesen Erwägungen ist jedoch zu berücksichtigen, daß Freiherr von B. selbst wegen seines vorgerückteren Alters jetzt einer besseren Pflege als früher bedarf, und daß seit dem Jahre 1847, wie dieß allgemein bekannt ist, die Lebensmittel im Ganzen sehr erheblich im Preise gestiegen sind; namentlich aber kommt in Betracht, daß im Jahr 1850 durch hofgerichtliche Verfügung vom 12. Dezember der Betrag von 30 fl. monatlich, mithin jährlich 360 fl., von dem festgesetzten Gehalt als für die Erziehung der Minderjährigen zu rechnender Theil zur unmittelbaren Auszahlung an den Vormund ausgeschieden wurde, ein Umstand, der vergleichungsweise billig zu berücksichtigen ist.

In Erwägung dieser verschiedenen Verhältnisse erscheint die vom Gerichtshof zu Freiburg beschlossene Ermäßigung des Gehaltes um die Hälfte eine allzu weitgehende und der Appellant insoweit allerdings beschwert. Eine Ermäßigung um ein Drittel, dem erwähnten Betrag von 360 fl. mehr sich annähernd und entsprechend obigen Verhältnissen, erscheint nach Sachlage angemessen.

Hienach rechtfertigt sich eine theilweise Bestätigung und theilweise Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses.

Die Kosten dieses Rechtszuges, worüber das Oberhofgericht allein zu entscheiden in der Lage ist, sind nach Pr.O. §. 169. 170. 172 wettzuschlagen."

IV.

Der Ausbruch des Zahlungsunvermögens ist von dem Zeitpunkt zu datiren, wo der Handelsmann Handelsverbindlichkeiten zu erfüllen aufhört, beziehungsweise beginnt, sie unerfüllt zu lassen.

Dem Gerichte ist freigestellt, nach den vorgetragenen Thatsachen innerhalb des beantragten Zeitpunkts des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens diesen festzusetzen.

Gerichtliche Betreibungen von Zahlungsverbindlichkeiten, wenn sie auch nur Sicherung des Gläubigers bezwecken, begründen auf Seiten des sie duldenden Schuldners die Eigenschaft der Zahlungsweigerung.

Als Erfüllung von Handelsverbindlichkeiten kommen nur regelrechte, aus dem ordnungsmäßig fortgeführten Geschäft geleistete, Zahlungen in Betracht.

In Sachen

des Gastwirths B. Pflüger in Schopfheim, Liquidanten, Appellanten, Oberappellaten

gegen

die Gantmasse des Fabrikanten Aug. Burth in Freiburg, Liquidatin, Appellatin, Oberappellantin,

Forderung und Vorzugsrecht, hier Festsetzung der Zeit des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens betreffend,

hatte das großh. Amtsgericht Freiburg am 27. August 1867, No. 20,975, erkannt:

„In der Gant gegen Fabrikant August Burth von hier wird die Zeit des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens des Burth auf den 9. April d. J. hiemit gantrichterlich bestimmt;" —

allein durch Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg, Appellationssenat, vom 3. Dezember 1867, No. 3519, wurde jenes Erkenntniß unter Verfällung der appellatischen Gantmasse in die Kosten beider Rechtszüge, auf Appellation des Liquidanten J. Pflüger, aufgehoben.

Die Gantmasse des A. Burth, vertreten durch den Gläubigerausschuß und Gantanwalt, fand sich hierdurch beschwert, und auf die von ihr ergriffene Oberappellation wurde nach gepflogenen Verhandlungen von großherzoglichem Oberhofgericht am 23. April 1868 das Urtheil des Kreis- und Hofgerichts Freiburg, Appellationssenat, vom 3. Dezember 1867 aufgehoben und das Erkenntniß des großh. Amtsgerichts Freiburg vom 27. August 1867, unter Verfällung des Liquidanten, Appellanten, in die Kosten des zweiten und dritten Rechtszuges mit der Modification wiederhergestellt, daß die Zeit des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens des August Burth auf den 11. Mai 1867 bestimmt werde.

Entscheidungsgründe:

Nachdem durch die eigene Insolvenzerklärung des

Handelsmanns A. Burth, jetzigen Eridars, vom 15. Juni v. J. nach A.H.S. 208 Abs. 2 die Voraussetzung eingetreten war, um überhaupt den förmlichen Ausspruch dahin zu erlassen, daß sich derselbe im Stande des Zahlungsunvermögens befinde, A.H.S. 206, so handelt es sich für das Gericht noch darum, das Anfangsziel zu bestimmen, von welchem an — jener Stand des Zahlungsunvermögens als vorhanden angenommen werden sollte. Dabei kommt es nun, wie schon der Appellationssenat bemerkt hat, nicht auf den Zeitpunkt an, wo etwa materiell die Gantmäßigkeit vorhanden war, sondern nur auf die Zeit, von welcher an der Eridar kund gegeben hatte, daß er seine Handelsverbindlichkeiten nicht mehr erfülle, mit andern Worten: zu zahlen aufhöre.

Annalen XVIII. S. 110—112 und XXIV. S. 1 ff.

Dalloz, Rép. t. XXIV. (Faillite et banqueroute) S. 63—65 No. 140.

Ebenso liegt es in dem Wortlaut und Geist des A.H.S. 208, beziehungsweise des früheren Art. 441 des Code de commerce, daß dabei nur die Nichterfüllung von Handelsverbindlichkeiten, und nicht auch jene von sonstigen Schuldigkeiten in Betracht kommt.

Man vergl. Dalloz a. a. O. No. 69 und 70 S. 42—43.

Es ist auch bereits von dem Appellationssenat ausgeführt, daß die von Metz, Vater und Söhne zu Freiburg, gegen den Eridar vom März bis Juni 1867 eingeklagte und betriebene Forderung von ungefähr 700 fl. Zinsen nicht als eine Handelsverbindlichkeit des letztern zu betrachten ist, weil sie sich auf den Kaufschilling für ein erkauftes Haus und Grundstück bezog, wenn dieses auch zum Fabrikbetrieb diente.

Art. 275 des allgem. d. H.R.

v. Hahn, Comm. dazu Bd. II. zu §. 274—275.

Auch ist vom Appellationssenat mit Recht die am 16. Oktober 1866 von dem Fabrikanten Krummeich gegen A. Burth eingeklagte wechselrechtliche Sicherheitsleistung von 3000 Frcs, obwohl diese hiernach eine Handelsverbindlichkeit darstellte, nicht berücksichtigt worden, nachdem erwiesenermaaßen bereits vor dem 4. Januar 1867 die Befriedigung dieses Gläubigers statt gefunden hatte, also bei diesem Anlaß eine Zahlungseinstellung von Seite des A. Burth in fortdauernder Weise nicht vorgekommen war. Dagegen kommt dessen Verhalten gegenüber der Forderung des Oberappellaten, beziehungsweise des als Einsprachskläger aufgetretenen B. Pflüger selbst in Betracht, indem A. Burth diese aus Handelsgeschäften entstandene sehr bedeutende Forderung von 32,400 fl. 33 kr. nebst Zins ungeachtet deren gerichtlichen Einklagung im Anfang März und des ergangenen unbedingten Zahlungsbefehls vom 8. Mai v. J. unbezahlt gelassen hatte. Wenn nun auch dieser Umstand nicht ausdrücklich als ein Moment, wonach die Zeit des Ausbruches des Zahlungsunvermögens zu bestimmen wäre, geltend gemacht wurde, so ist doch das Thatsächliche desselben insbesondere vom Einsprachskläger B. Pflüger selbst in seiner Appellationsbeschwerde in eingehender Weise angeführt; da nun bezüglich dieser, nach A.S. 208 dem Ermessen des Gantgerichts zugewiesenen Erörterung dem Richter ein freierer Spielraum gelassen ist, so muß demselben freistehen, die rechtlichen Folgerungen aus dem thatsächlichen Material zu ziehen, zumal hier bereits in dem von den Parteien mehrfach angerufenen Gutachten der Handelskammer im Allgemeinen auf die Betreibungen vom März, April und Mai v. J. und in der Beilage der Oberappellationsbeschwerde insbesondere auf die fragliche Betreibung hingewiesen wurde, und es sich hiebei nicht um eine über den Antrag des Gantanwalts hinausgehende Rückdatirung des Ausbruches des Zahlungsunvermögens handelt.

Wenn nun aber A. Burth diese bedeutende und aus einem längeren Zeitraum herrührende Handelsschuld ungeachtet der Einklagung vom 1., beziehungsweise 14. März v. J und ungeachtet des in der Notariatsurkunde vom 3. Mai v. J. abgegebenen ausdrücklichen Anerkenntnisses der Schuld als einer verfallenen, auch auf den gegen ihn unter Executionsandrohen ergangenen unbedingten Befehl vom 8. Mai v. J. nicht bezahlt, vielmehr sofort nach Umlauf der anberaumten Zahlungsfrist die förmliche Insolvenzerklärung bei Gericht abgegeben hat, — so liegt hierin eine bis zu der förmlichen Ganterkennung fortgesetzte Unterlassung der an ihn angeforderten Zahlung einer Handelsverbindlichkeit, wie A.S. 208 Abs. 1 und 2, behufs der Bestimmung der Zeit des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens voraussetzt. Es ist nämlich allgemein anerkannt, daß zu der

in dieser Gesetzesstelle bemerkten Zahlungsweigerung (refus d'acquitter ou de payer — in Art 441 des Code de com. von 1807) keineswegs die positive Erklärung einer solchen Weigerung nöthig ist, sondern daß auch einfach das Unerfülltlassen der Verbindlichkeit, welches der Schuldner ungeachtet vorangegangener Anforderung sich zur Last kommen läßt, genügt.

Man vergl. Dalloz, Rép. a. a. O. No. 69. 73. 146 (le refus ou l'ommission d'acquitter ses engagements; — s'il manque ou cesse de payer; — les defauts de payements.)

Man kann aber den Charakter einer Zahlungsweigerung im Sinne des A.S. 208 Abs. 1 in dem vorliegenden Falle auch nicht etwa aus dem Grunde bezweifeln, weil nach der Intention der Parteien bei jener Einklagung nicht sowohl die Betreibung der Zahlung, als vielmehr die Erlangung eines Unterpfandsrechtes bezweckt gewesen sein mochte, indem es weniger auf solche Motive als auf die Sache selbst, Erwirkung des unbedingten Zahlungsbefehls und Unterlassung der Zahlung ankömmt. Jedenfalls konnte der Anlaß zu einer Vereinbarung über ein solches Verfahren zur Sicherstellung der eingeklagten Forderung nach der Natur der Sache und gewöhnlicher Lebenserfahrung nur in dem Umstande liegen, daß eben der Schuldner A. Burth zur Zahlung nicht bereit war und nebst dem als unvermögend betrachtet wurde, seiner Verbindlichkeit vollständig nachzukommen. Zu einer solchen Auffassung der Lage des Schuldners mußten offenbar auch die schon oben berührten gewiß nicht geheim gebliebenen Umstände beitragen, daß schon vorher eine Einklagung und Verurtheilung gegen Burth wegen einer Wechselverbindlichkeit nothwendig gewesen war, um die Zahlung zu erhalten, und daß zur Zeit des gerichtlichen Auftretens des G. Pflüger bereits die auf das Fabrikgebäude bezügliche Forderung von Metz Vater und Sohn eingeklagt und im Verlauf Pfändung einer dem Schuldner zum Geschäftsbetriebe nöthigen Maschine verfügt worden war. Ebenso läßt die förmliche Insolvenzerklärung des Burth, welche alsbald nach Umlauf der im unbedingten Befehl anberaumten Zahlungsfrist und nach gleichzeitigem Ablauf der nach A.S. 210 zur Aufrechthaltung des Unterpfandsrechts erforderlichen Zwischenzeit — ohne Eintreten weiterer Zwischenfälle — nachgefolgt ist, darauf schließen, daß die Insolvenz des Burth von diesem und dem Gläubiger G. Pflüger wohl schon bei jenen unmittelbar vorangegangenen gerichtlichen Schritten unterstellt war.

Dieser bezüglich der Pflüger'schen Forderung kundgegebenen Zahlungsweigerung stehen nun aber keineswegs, wie der Schluß der Entscheidungsgründe des Appellationssenats andeutet, andere thatsächliche Momente gegenüber, durch welche die jener Zahlungsweigerung zukommende Bedeutung geschmälert oder aufgehoben würde.

Es liegen nämlich keinerlei Beweise vor, daß Burth etwa andern Handelsgläubigern gegenüber auch nach jener Zeit fortgefahren hätte, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, wornach die Nichterfüllung der Pflüger'schen Forderung sich nur als ein isolirtes Faktum darstellen würde. Laut dem Cassabuch, womit auch das Journal in dieser Hinsicht übereinstimmt, hat Burth an seinen Handelsverbindlichkeiten, die sich über 30,000 fl. beliefen, seit 11. Mai v. J. keine eigentliche Zahlung mehr geleistet. Die im Mai und Juni v. J. im Cassabuch noch vorkommenden Zahlungen von unbedeutenden Beträgen betreffen keine Handelsverbindlichkeiten, sondern Forderungen für Baumaterialien, Rechnungen von Handelsleuten, Dienstlöhne von Arbeitern und Haushaltungsausgaben.

Wenn der Appellationssenat in seinen Entscheidungsgründen noch eine Abschlagszahlung an Metz Vater und Sohn von 300 fl. anführt, so ist dies dahin zu berichtigen, daß ausweislich der Betreibungsacten vom 28. Mai und 6. Juni v. J. Waaren zu Pfand gegeben wurden behufs der Erwirkung des Einhalts mit der Vollstreckung, daß aber diese Waaren in die nachgefolgte Fahrnißpfändung mit einbegriffen wurden, und letztere wegen inzwischen eingetretenen Ganterkenntnisses wirkungslos geblieben ist. In ähnlicher Weise scheint es sich mit der in den Büchern unterm 29. Mai verzeichneten Waarenabgabe an Ferd. Flinsch, welcher ebenfalls Gläubiger des Burth war, zu verhalten und können ohnehin diese beiden Vorgänge nicht unmittelbar in Betracht kommen, da die betreffenden Forderungen sich nicht auf Handelsgeschäfte beziehen. Auch die am 27. Mai, bezw. 5. Juni und die am 8. Juni v. J. an J. Conrad in Frankfurt, welcher ebenfalls ein Gläubiger des Burth war, geschehene Waarenzusendung, die ohne Preisbestimmung erfolgte, stellt sich nicht als eine regelrechte Zahlung dar, durch welche der Kaufmann zu erkennen gegeben hätte,

daß er sich an der Spitze seines Geschäftes zu erhalten gedenke.

Anderseits war seit dem bemerkten Zeitpunkte, Anfangs Mai, und selbst schon früher von einem wirklichen Geschäftsbetriebe überhaupt nicht mehr die Rede. Das Commissionenbuch enthält bereits seit 4. Mai v. J. keine Einträge mehr, und außer den ebenerwähnten Waarenabgaben an Metz, Flinsch und Conrad, die selbstverständlich nicht als Belege eines fortgesetzten regelrechten Geschäftsbetriebes dienen können, kommt in den Büchern nur eine kleine, kurzer Hand geschehene und sofort berichtigte Waarenabgabe vom 24. Mai v. J. (an Herzog in Freiburg) ad 15 fl. 30 kr. und eine weitere kleine Waarensendung (an J. Kopp u. Cie. in Lahr) vom 5. Juni v. J. ad 32 fl. vor, was im Vergleich mit dem frühern Geschäftsbetrieb gar nicht in Betracht kommen kann.

Es muß also das Gewicht, welches jener bezüglich der Pflüger'schen Forderung kundgegebenen Zahlungsweigerung nach A.S. 208 beizulegen ist, vollkommen aufrecht erhalten bleiben,

man vergl. Dalloz a. a. O. No. 146 S. 66 und No. 157 Ziff. 3 S. 72,

und es war daher mindestens der 11. Mai v. J. als der Tag der Zustellung des unbedingten Zahlungsbefehles an Burth, als Zeitpunkt des Ausbruches des Zahlungsunvermögens anzunehmen. Diese bezüglich des unterrichterlichen Erkenntnisses eintretende Modification stellt sich übrigens den Anträgen des Einspruchsklägers B. Pflüger gegenüber nicht als wesentlich dar, indem derselbe, um seine Interessen zu wahren, die Unterlassung jeder Rückdatirung des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens verlangt, oder wenigstens eine Rückdatirung nicht über den 1. Juni v. J. zurückverlegt wissen will. Pflüger erscheint hiernach als unterlegener Theil, und war daher in die Kosten der gegenwärtigen, sowie der zweiten Instanz, in welcher sein Auftreten als selbstständiger Einspruchskläger begonnen hat, zu verurtheilen.

V.

Aus dem Gantprozeß.

Der Gantgläubiger, dessen Stellung im Ganturtheil durch die Appellation eines ihm nachgesetzten Gläubigers gegen einen ihm vorgehenden Gläubiger beeinträchtigt erscheint, kann sich nicht dadurch schützen, daß er mittelst der Anschließung an das Rechtsmittel seines Gegners nun auch seinerseits ein Vorrecht vor jenem auch ihm vorgesetzten Gläubiger geltend macht.

§. 1099. 761. 814 der Pr.O.

J. S.

mehrerer Gläubiger, hier des Glasermeisters Jakob Rochevot und des Essigfabrikanten J. Louis Haas, beide in Mannheim, Liquidanten, Appellanten, Oberappellaten,

gegen

die Gantmasse des Buchdruckers Andreas Schwab daselbst, hier die Gläubiger: 1) Katharina Schwab Wittwe, jetzt deren Erben: a) die Ehefrau des Jeremias Nikolaus Frey in Dannsbüren, Louise geb. Schwab, b) den Gantschuldner Andreas Schwab, jetzt für denselben die Gantmasse, 2) Adam Häusler von da, Appellaten, jetzt noch den letzt Genannten, Oberappellanten,

Forderung und Vorzugsrecht betr.,

hatte das Ganturtheil des großh. Amtsgerichts Mannheim vom 23. April 1867, No. 10,008, besagt:

B. Aus dem vorhandenen Massevermögen, soweit solches reicht, sind folgende Schulden in nachstehender Ordnung zu berichtigen:

In III. Ordnung:

1) Katharina Schwab Wittwe (Liquid-No. 2) 3600 fl. nebst 4½ pCt. Zins vom 1. Januar 1866 mit Unterpfandsrecht auf das zur Masse gehörige Haus vom 26. August 1861,
2) Georg Adam Schmitt (Liq.-No. 6) 1000 fl. mit Unterpfandsrecht auf das zur Masse gehörige Haus vom 26. October 1861.
3) Adam Häusler (Liq.-No. 10) 4000 fl. nebst 5 pCt. Zins vom 1. Juni 1865 mit Unterpfandsrecht vom 26. August 1864.
4) Ehefrau des Gantmanns (Liq.-No. 35):
   a) 990 fl. mit Unterpfandsrecht vom 19. September 1864,
   b) 1000 fl. mit Unterpfandsrecht vom 26. Januar 1865.
5) Jakob Rochevot und Essigfabrikant Louis

Haas (Liq.-No. 9 und 22) 1500 fl. mit Unterpfandsrecht vom 11. März 1865." —

Hierauf erfolgte auf Grund der in II. Instanz vorgeschützten Einrede, daß Wittwe Schwab zu Gunsten der Letztern auf ihr Vorrecht verzichtet habe, ein theils bestätigendes, theils abänderndes Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim, Appellationssenat, vom 28. September 1867, No. 3842, des Inhalts:

daß die beiden Appellaten Jakob Rochevot und Essigfabrikant Louis Haas mit ihrer Forderung von 1500 fl. mit Vorzugsrecht vom 26. August 1864 an die Stelle der Katharina Schwab Wwe., beziehungsweise nun deren Rechtsnachfolger (Ziff. 1) zu treten, Letztere dagegen mit diesem Betrage ihrer Forderung (1500 fl.) ihre Befriedigung aus dem Massevermögen nur mit Unterpfandsrecht vom 11. März 1865 an der Stelle der Appellanten Rochevot und Haas (Ziff. 5) anzusprechen haben.

Von den Kosten des zweiten Rechtszuges haben die Appellanten Rochevot und Haas 1/3 und von den Appellaten die Rechtsnachfolger der Katharina Schwab Wwe. 1/3 unter sammtverbindlicher Haftbarkeit, und Adam Häusler 1/3 zu tragen.

Der Mitliquidant und Appellant Adam Häusler, welcher im Weg der Anschließung den ihm vor den appellantischen Gläubigern von der Wwe. Schwab eingeräumten Vorrang geltend gemacht hatte, ergriff die Oberappellation; allein von grßh. Oberhofgericht erging am 30. April 1868 ein bestätigendes Urtheil, mit folgenden

Entscheidungsgründen:

Die Beschwerden des Oberappellanten stellen sich als unbegründet dar.

Zunächst kann mit Grund nicht bezweifelt werden, daß die Oberappellaten nach den §§. 760. 761. 763 a. E. 810. 1138 der Pr.O. berechtigt waren, noch in II. Instanz die ihnen zustehende Einrede vorzuschützen, und daß sie hiernach das ihrer Bürgschaftsforderung zukommende Vorrecht an der Stelle der Wittwe Schwab, weil diese ihnen gegenüber auf ihren Vorrang verzichtet hatte, ausüben dürfen 2c.

Dagegen war der Oberappellant Häusler, welcher eine selbstständige Appellation gegen das Ganturtheil nicht ergriffen hat, im II. Rechtszuge als Appellat nicht mehr befugt, einen selbstständigen Angriff nachzutragen, wodurch er mit seiner Unterpfandsforderung ebenfalls an die Stelle der ihm vorgesetzten Vorzugsgläubigerin Wittwe Schwab, weil diese ihm den Vorrang eingeräumt habe, und zwar vor den Oberappellaten Rochevot und Haas locirt zu werden verlangt. Im Wege der Anschließung erscheint dieses Begehren als unzulässig, da dieselbe auf dem Princip der Gemeinschaft der Rechtsmittel beruht und daher in der Benützung oder Aneignung der gegner'schen Appellation zum Zwecke des Vorbringens eigener Beschwerden besteht, folglich nur solche Beschwerden vorgebracht werden können, welche gegen den Appellanten gerichtet sind.

Die Anschließungsbeschwerde des Appellaten Häusler ist aber zunächst gegen die Wittwe Schwab gerichtet, die im II. Rechtszuge nicht die Appellantin war. Insoweit sie jedoch gegen die Appellanten Rochevot und Haas gerichtet ist, indem der Adhärent nicht nur der Wittwe Schwab, sondern auch den beiden andern genannten Gläubigern vorgesetzt zu werden verlangt, ist der Angriff im Wege der Anschließung um deßwillen unstatthaft, weil durch denselben nicht eine Abänderung des Ganturtheils zum Nachtheile der Appellanten bezweckt wird, was nach dem Wesen dieses Rechtsmittels nothwendig mit der Verfolgung der Abhilfe eigener Beschwerden zu Gunsten des Adhärenten verbunden ist, — sondern weil nur diejenigen besseren Ansprüche, welche die Appellanten in II. Instanz erheben, bekämpft werden, woraus sich ergibt, daß in Wahrheit eine Anschließung gar nicht vorliegt.

§§. 1099. 1032—1034 der Pr.O.
Bayer, Vorträge S. 1064 ff.
Wetzel, System S. 688 ff.
Renaud, Lehrbuch S. 520 ff.

Endlich erscheint die Rechtsbefugniß des Oberappellanten Häusler, welche er erst im II. Rechtszuge geltend gemacht hat, auch als Einrede, bezw. insofern man sie als gegen die Einrede der Appellanten Rochevot und Haas gerichtet ansehen kann, als Replik nicht mehr zulässig.

(Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. **Band XXXIV.** **No. 11.**

(Schluß von Art. 73.)

Die Stellung Häuslers ist durch das Ganturtheil, welches er rechtskräftig werden ließ, gegenüber der Wwe. Schwab endgiltig festgesetzt. Er durfte sich daher als Appellat keiner Einwendungen mehr bedienen, welche die Stellung dieser Gläubigerin angreifen, und insoweit demnach sein Angriff den Vorrang vor der Wittwe Schwab bezweckt, erscheint er als unstatthaft. Durch die Appellation der Gläubiger Rochevot und Haas, womit sie begehrt haben, mit ihrer Forderung von 1500 fl. die Stelle der ihnen vorgesetzten Wittwe Schwab einzunehmen, wogegen diese Wittwe mit einem gleichen Betrag ihrer Forderung von 3600 fl. nebst Zinsen den Appellanten nachstehen soll, bleibt aber die rechtskräftig festgesetzte Stellung des Appellaten Häusler unberührt, weil seine Rechtslage, mochte dem Appellationsbegehren stattgegeben oder dasselbe zurückgewiesen werden, in keiner Weise einer Veränderung unterliegt, indem auch im ersterwähnten Falle bezüglich eines Theils jener ihm jedenfalls vorgehenden Forderung nur ein anderer Gläubiger mit der Wittwe Schwab die Stelle wechselt.

Der Appellant Häusler selbst war daher durch die Appellation in der That nicht angegriffen und durfte somit bei der Unabänderlichkeit der ihm durch das Ganturtheil angewiesenen Stellung einen selbstständigen, von ihm weder in I. Instanz, noch als Appellant im II. Rechtszuge geltend gemachten Angriff, auch insoweit er gegen die Appellanten Rochevot und Haas gerichtet ist, nicht mehr in seiner Eigenschaft als Appellat nachtragen.

Wenn schließlich von Seite des Oberappellanten, unter Hinweisung auf §. 6 Abs. 3 der Pr.O. behauptet wird, das Ganturtheil sei bezüglich seiner Stellung wegen Irrthums, in dem er sich befunden, nichtig, so ist — den behaupteten Irrthum vorausgesetzt — ein Fall, wie der vorliegende, in der bürgerlichen Prozeßordnung nicht ausdrücklich mit Nichtigkeit bedroht, was doch eine nothwendige Bedingung der Anwendbarkeit des §. 6 Abs. 3 der Pr.O. bildet, indem derselbe unzweifelhaft nur von prozessualischen, nicht aber wie der Oberappellant unter Berufung auf die L.R.S. 1108 und 1109 annimmt, von Nichtigkeiten des Civilrechts handelt. Red.

74.

Zur Frage vom Anspruch der Gütergemeinschaft an die Summe, wofür ein Ehegatte sein Leben versichert.

In dem hier kurz mitzutheilenden Rechtsfall lag die Eventualität, welche in Abs. IV. der Ausführungen Dreyers in den Annalen Band XXXII. No. 36 Ziff. 133 aufgestellt ist, der Entscheidung unter. — Carl Merkel von Lahr, welcher nach den Bestimmungen über Errungenschaftsgemeinschaft verheirathet war, hatte bei der Pariser Compagnie des assurances générales sur la vie des hommes sein Leben für 12,000 Frcs. versichert, welche Summe inhaltlich der Police nach dem Tode des Versicherten „à ses héritiers directs“ zu bezahlen war. Er starb mit Hinterlassung einer Wittwe und eines minderjährigen Kindes. Bei der Verlassenschaftstheilung behandelte der Geschäftsfertiger auf Antrag der Wittwe und im Einverständniß mit dem Gegenvormund des Kindes die Versicherungssumme als einen Bestandtheil der Gemeinschaftsmasse, weßhalb das Amtsgericht, das der gegentheiligen Meinung war, dem Geschäft die obervormundschaftliche Genehmigung versagte. Auch die, auf Antrag des Gegenvormunds gehörte, Staatsanwaltschaft trat der Ansicht des Amtsgerichts bei; schließlich aber wurden die Betheiligten von dem Appellationssenate des Kreis- und Hofgerichts Offenburg, wohin sich die Wittwe Merkel mit einer Beschwerde gewendet, vor den bürgerlichen Richter gewiesen. Die Wittwe erhob sofort bei der Civilkammer des genannten Gerichtshofs Klage gegen den minderjährigen Otto Merkel, dahin, daß Beklagter die Thei-

lung des C. Merkel'schen Nachlasses in der Art geschehen zu lassen habe, daß die von der Versicherungsgesellschaft bereits ausbezahlten 5600 fl. dem Gemeinschaftsvermögen zugezählt würden.

Der beklagte Theil blieb in der Verhandlungstagfahrt, wie zu erwarten, aus, und es erging Versäumungserkenntniß und Urtheil nach dem Klagbegehren.

In den Entscheidungsgründen trat der Gerichtshof im Wesentlichen den rechtlichen Ausführungen des klägerischen Anwalts und beziehungsweise des obneangeführten Aufsatzes in Band XXXII. der Annalen bei. Bezüglich der bedenklichen Klausel des Versicherungsvertrages, wornach die Zahlung an die „héritiers directs" des Versicherten erfolgen sollte, ist noch besonders gesagt: „Wenn man auch nicht so weit gehen will, die Worte „héritiers directs" dahin auszulegen, daß damit nicht sowohl die eigentlichen, — im Sinne des Gesetzes, nach welchem die Verlassenschaft behandelt wird, hier also des badischen Landrechts, zu nehmenden — Leibeserben, als vielmehr nur im Allgemeinen die nächsten Hinterbliebenen bezeichnet werden sollten, welche durch den Todesfall zunächst betroffen, durch den Untergang des versicherten Lebens gefährdet werden und denen der Versicherte einen Ersatz für den Unterhalt verschaffen wollte, den er ihnen bei Lebzeiten zu leisten gehabt, — so müssen schon Angesichts des zwischen dem Versicherten und seiner Ehefrau bestandenen ehelichen Gütergemeinschaftsverhältnisses, unter „héritiers directs" alle diejenigen Personen verstanden werden, auf welche im gegebenen Fall das vorhandene Vermögen übergeht (zu welch' letzterem die Versicherungssumme gehört), somit also sowohl die klagende Ehefrau als Theilhaberin der Gemeinschaft, als das beklagte Kind in seiner Eigenschaft als Erbe." —

Es ist allerdings schon eine Reihe gegentheiliger Entscheidungen bekannt geworden. Aber lassen wir auch dahingestellt, welcherlei Anschauung die richtige sein, oder vielmehr welcherlei Anschauung dem Juristen näher liegen mag, so ist doch so viel für gewiß zu behaupten, daß die Entscheidungen in dem obigen Sinne in den allermeisten Fällen dem materiellen Rechte insofern mehr entsprechen, als man füglich annehmen kann, daß der Ehegatte, welcher sein Leben zu Gunsten seiner Erben versichert, hiebei seine Wittwe für inbegriffen erachtet und keineswegs die Intention gehabt hat, für die Kinder oder gar für andere Erben (im eigentlichen Wortsinn) ausschließlich Fürsorge zu treffen, — eine Annahme, die deßwegen berechtigt ist, weil bekanntlich der juridische Begriff und Sprachgebrauch in Ansehung des Wortes Erbe keineswegs auch der volksthümliche ist, vielmehr der überlebende Ehegatte durchgängig als Erbe und seine Theilnahme an der Gemeinschaft als ein Erbgang betrachtet wird.

Auch in dem obigen Falle war das ganz zweifellos, und es ist bekannt geworden, daß Solche, die wegen einer künftigen Entscheidung hinsichtlich ihrer eigenen Versicherungsverträge in Sorge geriethen, sofort Schritte thaten, um die Zahlung der Versicherungssumme statt an die Erben, wie die ursprüngliche Fassung der Police lautete, an den überlebenden Ehegatten (und zwar ausschließlich!), gemäß der ursprünglichen Absicht, bedingen zu lassen. Eisen.

Bei der großen praktischen Wichtigkeit der Frage, ob die Versicherungssumme in die Gemeinschaft falle oder ob sie den Erben gehöre, sind von Herrn Dr. Dreyer zu diesem Urtheil vom 22. Oktober 1867, wodurch das großh. Kreis- und Hofgericht Offenburg (Civilkammer) entschieden hat, daß die von der compagnie des assurances générales auszubezahlende Versicherungssumme dem Gemeinschaftsvermögen zugezählt werden müsse, noch folgende weitere Gründe beigefügt:

Der Versicherungsvertrag ist wohl als diejenige Uebereinkunft zu definiren, wodurch gegen Bezahlung einerg ewissen Prämie für den zukünftigen, aber gewissen, Fall des Todes ein zum Voraus bestimmtes Kapital versprochen wird.

Diese Uebereinkunft ist keine bedingte, sondern eine betagte, denn daß der Versicherte stirbt, ist gewiß.

Vergl. Wening-Ingenheim I. §. 140.
v. Holzschuher II. S. 870.
Keller §. 52.
v. Savigny, System III. §. 125. S. 206. 207.

Wollte man zur Bestätigung Stellen des römischen Rechts anführen, so könnten angerufen werden:

l. 79 D. 35. 1. Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato, purum legatum est, quia non conditione sed mora suspenditur.

l. 17 D. 12. 6. Nam si, cum moriar, dare promisero et antea solvam, repetere me non posse Celsus ait, quae sententia vera est.

Ist aber die Verbindlichkeit eine betagte, so ist sie im Augenblicke des Abschlusses des Vertrags entstanden und begründet, und gemäß L.R.S. 1401. 1498 gehört der daraus erworbene — wenn auch erst später zahlbare — Vortheil der Gemeinschaft.

Das Gesetz schreibt nirgends vor, daß nur diejenige Erwerbung der Gemeinschaft gehöre, welche auch während derselben zahlbar ist?

Der Entscheidungsgrund (S. 25 der diesjährigen Annalen), daß die eheliche Gütergemeinschaft um deßwillen nicht zu den Bezugsberechtigten gehören könne, weil die Fälligkeit der Versicherung erst mit dem Tode eines Ehetheils eintritt, dürfte daher nicht zutreffend sein.

Ja sogar, wenn man den Versicherungsvertrag als einen bedingten ansehen wollte, müßte man die Versicherungssumme doch der Gemeinschaft zusprechen, weil die erfüllte Bedingung das Rechtsverhältniß gerade so begründet, wie wenn es unbedingt gewesen wäre.

v. Savigny, System III. S. 150.

Ich will von dem Satze, daß die Police als Verkörperung des Assecuranzverhältnisses selbst ein Werthpapier ist,

Endemann §. 174 S. 823 Anmerk. 9 S. 831 Anmerk. 51,

und den daraus für unsere Frage sich ergebenden Folgerungen absehen, und mich noch zu der Erörterung wenden, ob die Bestimmung „à ses héritiers directs" zu einer anderen Entscheidung führe.

In dem Eingangs erwähnten Gutachten der großh. Staatsanwaltschaft ist darauf Gewicht gelegt, daß hiemit ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten (L.R.S. 1121) geschlossen worden sei.

Es wäre nun unter Bezug auf L.R.S. 1395. 1973. 1422 zu prüfen, ob ein Ehegatte überhaupt befugt ist, eine solche Schenkung zu machen. Vergl. Lauckhard VI. S. 234, Annalen X., Bekk S. 36, XXIII. S. 311, Brauer V. S. 618, allein diese Prüfung fällt nicht nöthig, weil, wenn auch eine solche Schenkung zu Gunsten der Erben vorläge, doch nur dasjenige als geschenkt gelten kann, was der Versicherer mit dem Vertragsabschlusse erworben hat.

Wenn nun aber nicht bestritten werden kann, daß der Versicherer die Versicherungssumme zunächst sich selbst versprechen läßt, ehe er sie einem Dritten zuwendet, und, wenn ferner die obige Ausführung richtig ist, wornach eine solche Erwerbung in die Gemeinschaft fällt: so hat er zu Gunsten Dritter — hier der „héritiers directs" — nur über die ihm gebührende Hälfte verfügt.

Dr. Dreyer.

75.

Begünstigung.

I.

Die Freisprechung des als Urheber eines Verbrechens Angeklagten wegen Unzulänglichkeit der gegen ihn vorliegenden Beweise, schließt die Verurtheilung des wegen Beihilfe zu dem fraglichen Verbrechen Angeklagten nicht aus.

§§. 134. 135. 3 des Str.G.B.

In Anklagesachen gegen Karl Guland und Genossen von Heidelberg, wegen Diebstahls, beanstandete K. Guland die Zulässigkeit seiner Verurtheilung wegen Beihilfe, da die des Diebstahls angeklagte Ehefrau R., für welche er die verabredete Veräußerung besorgt habe, freigesprochen worden sei.

Das großh. Oberhofgericht verwarf jedoch durch Urtheil vom 29. Februar 1868 seine Nichtigkeitsbeschwerde als ungegründet, indem es ausführte:

„Da der Thatbestand des Diebstahls von der Strafkammer als hergestellt angesehen worden ist, was die Existenz eines Urhebers dieses Verbrechens voraussetzt, da ferner jener Gerichtshof nach seinen Entscheidungsgründen nicht davon ausgegangen ist, daß nothwendig nur die Frau R., sondern davon, daß möglicherweise auch ein Dritter Urheber jenes Diebstahls sein könne, so kann der Umstand, daß die Strafkammer sich von der Schuld der Ersteren nicht für überzeugt hielt, dem K. Guland, dessen Betheiligung an dem verübten Diebstahl feststeht, nicht nützen. Denn die Verurtheilung des sonst überwiesenen Gehilfen bei einem Diebstahl ist nicht durchaus von der Ermittlung des Urhebers der That abhängig."

Köstlin, System des deutschen Strafrechtes §. 93. 4 S. 282. 283.

II.

Die in §. 142 des Strafgesetzbuchs beispielsweise aufgeführten Begünstigungshandlungen sind

schon an sich als dem Verbrecher in Beziehung auf das Verbrechen förderliche anerkannt.

J. A.S.
gegen
Lambert Futterer von Waltershofen,
wegen Diebstahls,
Justine Hänsler von da,
wegen Beihülfe zum Diebstahl und Begünstigung,
Wilhelm Hänsler und Medard Hänsler von da,
wegen Begünstigung.

Die von Jakob Hänsler's Ehefrau auf Grund des §. 373 Ziff. 7 der Str.P.O. ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde bezog sich nur auf ihre Verurtheilung wegen Beihülfe zu dem, unter verschiedenen Erschwerungen verübten, Diebstahl ihres Bruders Lambert Futterer.

Die Beschwerde wurde darein gesetzt, daß auf die durch einen wesentlichen Beisatz beschränkte Bejahung eines Theils der betreffenden Frage durch die Geschworenen eine Verurtheilung wegen Beihilfe erfolgt sei, während die Voraussetzungen des Str.G.B. §. 135 Ziff. 3 keineswegs bejaht seien, die Geschworenen auch offenbar nicht die Bejahung der Beihilfe auszusprechen beabsichtigt hätten. Das Begehren wurde auf die Nichtigerklärung des betreffenden Urtheils und nach der mündlichen Erläuterung des Vertheidigers vorsorglich auf Verurtheilung der Angeklagten wegen einfacher Begünstigung gerichtet.

Die ausgeführte Beschwerde wurde jedoch von großh. Oberhofgericht nicht für begründet erkannt, und in den

Entscheidungsgründen

zum Urtheil vom 9. Mai 1868 ausgeführt:

„Wenn man den Inhalt der Frage 7 näher in Betracht zieht, so zeigt sich, daß sie in ihrem ersten Theil die besonderen Voraussetzungen des Falles Ziff. 1 des Str.G.B. §. 135, in ihrem zweiten Theil dagegen die besonderen Voraussetzungen des Falles Ziff. 3 des nämlichen Paragraphen enthält. Beide Voraussetzungen liefern, wenn gehörig festgestellt, jede für sich allein den Thatbestand der Beihilfe im Sinne des Gesetzes.

Vergleicht man aber die durch einen Beisatz beschränkte Bejahung der genannten Frage 7 durch die Geschworenen („Ja, mit der Annahme, daß sie ihn in seinem verbrecherischen Entschlusse nicht bestärkt hat“), mit dem Inhalt der Frage, so erkennt man mit genügender Klarheit und Sicherheit, daß die Geschworenen einfach das Vorhandensein des Falles Ziff. 1 des §. 135 verneinen, das Vorhandensein des Falles Ziff. 3 hingegen bejahen wollten. Es ist demgemäß auch mit Grund überall nicht zu bezweifeln, daß der verneinende Beisatz nur auf die im ersten Theil der Frage erwähnte Bestärkung des verbrecherischen Entschlusses durch Rath zu beziehen, eine indirecte Verneinung der gesetzlichen Voraussetzungen des Falles Ziff. 3 des §. 135 daher darin nicht zu suchen und nicht zu finden ist.

Im Uebrigen, was die Fassung der mehrerwähnten Frage betrifft, welche nach Inhalt des Sitzungsprotokolls von keiner Seite beanstandet wurde, so enthält dieselbe auch in Bezug auf den bejahten Fall der Ziff. 3 des Str.G.B. §. 135 im Anschluß an die vom Gesetz gebrauchten Worte im Wesentlichen das Erforderliche; es ist durch den bezüglichen Wahrspruch festgestellt, daß die Angeklagte schuldig ist, in Folge vorausgegangener Verabredung — mithin nach vorhergegangener Zusage — nach der That wissentlich von dem entwendeten Gelde an sich genommen (oder an sich gebracht), also eine der in §. 142 Ziff. 3 beispielsweise aufgeführten Handlungen, welche das Gesetz selbst als dem Verbrecher in Beziehung auf das Verbrechen förderliche allgemein bezeichnet und anerkennt, verübt zu haben.

Dies genügt im Sinne des Gesetzes. Die besondere Hervorhebung des Umstandes, daß der als Gehilfe, beziehungsweise Begünstiger Angeklagte dem Thäter förderlich war, demselben Vorschub leistete, in der Frage an die Geschworenen, ist nach der Fassung des §. 135 und 142 des Str.G.B. nicht als schlechthin nothwendig anzusehen. Red.

76.

Ist Credituntergrabung strafbar?

Diese noch nicht erörterte Frage bildet den Gegenstand des nachfolgenden Urtheils, dessen Gründe mehr zu Gunsten der unterlegenen Ankläger als der freigesprochenen Angeklagten lauten, welche beim Mangel einer Beschwerde nicht rekurriren können.

Als Sachbeschädigung kann Credituntergrabung nicht behandelt werden, weil der §. 570 des Str.G.B. nur von körperlichen Sachen spricht.

Jedenfalls begründet Credituntergrabung als unrechte That den Anspruch auf Entschädigung für den etwaigen Schaden. —

J. A. S.

der Mitglieder der Firma J. Berberich Söhne, nämlich Ignaz Berberich jung und Joseph Berberich von Säckingen

gegen

die beiden Mitglieder der Firma F. U. Bally Söhne, nämlich Theodor Bally und Jean Bally in Säckingen,

wegen Verleumdung und Ehrenkränkung,

wird auf gepflogene Hauptverhandlung zu Recht erkannt:

Die Angeklagten Theodor Bally und Jean Bally seien von der Anklage der Verleumdung und Ehrenkränkung freizusprechen.

Die Ankläger haben die Kosten zu tragen.

Entscheidungsgründe.

Inhaltlich der gemeinderäthlichen Grundbuchsauszüge besitzen die Ankläger

1) in hiesiger Stadt zwei Wohnhäuser und außerdem in hiesiger Gemarkung 7 Morgen 42 Ruthen, auf welchen ihre Weberei steht, und weitere 17 Morgen 86 Ruthen Acker und Mattfeld;
2) in der Gemarkung Hornberg 35 Morgen Wald, die sie um 4220 fl. erworben haben;
3) in der Gemarkung Willaringen 21 Jauchert Wald, die sie um 4119 fl. erworben haben.

Ferner haben sie zwei in hiesiger Stadt stehende Häuser um 35,000 fl., ohne das Inventar, verkauft.

Weiter hatten die beiden Ankläger, als damalige Mitglieder der Firma Ignaz Berberich, bei dem Geschäft Bally, Kym und Comp., dessen Mitglied Jean Bally war, und welches von ihm und dem andern Angeklagten übernommen worden ist, zusammen 71,360 fl. deponirt.

Der Gemeinderath von Säckingen bezeugt ihnen:

„Die beiden hiesigen Firmen Berberich und Comp. und J. Berberich Söhne, sowie die einzelnen Mitglieder derselben stehen hinsichtlich ihrer Geschäftsehre unseres Wissens in gutem Klang; es beruht diese Annahme darauf, daß in Beziehung dessen nicht nur nichts Nachtheiliges, sondern mehr Vortheilhaftes im hiesigen Publikum bekannt wurde.

Auch bezüglich ihres Privatcharakters und ihrer Redlichkeit in der Geschäftsführung ꝛc. weiß man sich hier nur Rühmliches zu erzählen; alle drei genannten Mitglieder der Firmen sind als sehr fleißige, thätige und sparsame Männer bekannt, was zu der Unterstellung führt, daß sie auch in Beziehung auf ihre Handelsgeschäfte Pünktlichkeit und Promptheit beobachten werden. Dem Vernehmen nach und nach den Wahrnehmungen, soweit sie dem Gemeinderath möglich geworden sind, steht es zu vermuthen, daß der Umsatz der Firma J. Berberich Söhne kein geringer sein muß.

Im Pfandbuche befinden sich keine Einträge auf die Fabrikanten Ignaz und Joseph Berberich oder die Firma Berberich Söhne."

Wechselprotest wurde gegen die Ankläger noch keiner erhoben und ebenso hat keine Einklagung derselben stattgefunden.

Dennoch haben die Angeklagten in dem den Gegenstand der Anklage bildenden Briefe, am 5. Dezember 1867 auf eine Anfrage über die Ankläger nach Brüssel geschrieben:

„Die beiden Chefs haben bis jetzt noch wenig oder kein Vermögen. Die jungen Leute scheinen sich in ihrem neuen Geschäfte über ihre Kräfte ausgedehnt zu haben, und wir müssen sehr bezweifeln, ob sie sich zur Stunde in der Lage befinden, ihren Verbindlichkeiten pünktlich nachzukommen."

Die Behauptung, daß die Ankläger wenig oder kein Vermögen haben, ist schon durch den angegebenen Vermögensstand als unwahr nachgewiesen, und dafür, daß die Ankläger sich in ihrem neuen Geschäfte über ihre Kräfte ausgedehnt zu haben scheinen, vermochten die Angeklagten keinerlei thatsächliche Beweise beizubringen.

Sie sagen zwar in ihrem Briefe, öftere an sie gelangende Anfragen über die Firma J. Berberich Söhne nebst anderen Facta beweisen ihnen, daß diese Firma mehr als je im Geruche der langsamen Zahlungsweise stehe.

Allein solche Anfragen an und für sich und abgesehen von etwa in ihnen enthaltenen ungünstigen Mittheilungen über die fragliche Firma können bei einem neuen Geschäfte, wie

die Gesellschaft J. Berberich Söhne ist, eben seiner Neuheit wegen noch nicht die Vermuthung begründen, als ob das Geschäft schlecht stehe. Dasselbe erscheint vielmehr durch solche Anfragen blos als noch nicht hinlänglich bekannt und bewährt, keineswegs aber als schon nachtheilig bekannt.

Auch der von den Angeklagten angetretene Zeugenbeweis, daß sie sich bei Abfassung des Briefes nach Brüssel in dem guten Glauben befunden haben, der Inhalt des Briefes entspreche der Lage der Firma J. Berberich Söhne, ist nicht gelungen.

Fürs Erste nämlich können die aufgerufenen Zeugen Mayer-Gottschalk in Schopfheim und Hans Fischer in Laufenmühle nur über die Geschäfte der Gesellschaft Berberich und Comp. aussagen, und was etwa von dieser Firma gilt, kann nicht auch ohne Weiteres über J. Berberich Söhne gesagt werden. Denn wenn auch Ignaz Berberich Sohn — Mitglied beider Firmen ist, so schließt dies, bei dem Vorhandensein der sonstigen verschiedenen Mitglieder beider Firmen, nicht aus, daß die Geschäftslage beider Häuser eine verschiedene sein kann.

Ueberdies lauten aber auch die Angaben der Zeugen Mayer-Gottschalk und Hans Fischer über die Gesellschaft Berberich und Comp. nicht so ungünstig, daß sie das im Brief gefällte Urtheil rechtfertigen könnten. Hans Fischer erklärt, die Behauptung der Angeklagten, Berberich und Comp. haben jahrelang mehrere tausend Gulden nach Laufenmühle geschuldet, als durchaus unrichtig, und bestätigt nur, daß die Forderung von 2728 fl., wie sie seit 30. Juni 1864 bestand, auf Anforderung vom 17. Oktober, am 14. November 1864 bis auf einen Rest von 286 fl., und dieser Rest am 5. Dezember 1864 getilgt worden sei.

Mayer-Gottschalk aber bestätigt zwar, daß Berberich und Comp. an Gottschalk und Grether 30—40,000 fl. geschuldet haben, und daß öftere Mahnungen an erhebliche Verringerung des Guthabens erfolglos geblieben seien. Er gibt aber auch an, daß dennoch die Angeklagten, hierüber zu Rathe gezogen, nicht ungünstige Mittheilungen über die Ankläger ertheilt haben, wornach die Theilhaber der Firma Berberich und Comp. hinreichende Mittel besaßen, welche jedoch nicht flüssig gewesen seien.

Sodann sprechen die Zeugen Däniker, Gerant der Spinnerei Bulach, und Bötsch, Mitglied der Firma Oehler de Bary, allerdings von J. Berberich Söhne. Allein der Erstere spricht seine Zufriedenheit mit beiden Häusern Berberich aus, sowie daß er niemals Ursache gehabt habe, sich über verspätete Zahlungen derselben zu beklagen. Er fügt bei:

Es seien im Jahr 1866 in Folge der allgemeinen Geschäftsstockung in Deutschland die Zahlungen der beiden Häuser Berberich etwas langsamer geflossen als sonst, aber nach und nach sei die Spinnerei Bulach ganz von ihnen bezahlt worden. Er habe die Herren Berberich stets als loyale und respectable Geschäftsleute kennen gelernt.

Die Firma Oehler de Bary aber stellt auf das Bestimmteste in Abrede, sich über J. Berberich Söhne beschwert zu haben.

Der von den Angeklagten weiter angerufene Zeuge Posthalter Malzacher, bis 1. Mai 1868 Mitglied von Berberich und Comp., bestätigt geradezu den guten Stand dieser Gesellschaft, und erklärt, daß in ihrer geschäftlichen Lage durchaus der Grund seines Austritts nicht liege.

Dazu kommt, daß die Angeklagten selbst früher günstiger über die Häuser Berberich geurtheilt haben, ohne die Aenderung in ihrer Beurtheilung thatsächlich begründen zu können.

Gerade dem Hause Oehler de Bary war die Firma J. Berberich Söhne durch die Angeklagten auf Anfrage empfohlen worden, wie die Letztern auch gegenüber Gottschalk und Grether die Langsamkeit der Zahlungen durch Nichtflüssigwerden der Berberich'schen Mittel beruhigend erklärten. Die Angeklagten berufen sich auch selbst darauf, daß sie auf vielfache Anfragen relativ günstige Mittheilungen über die Häuser Berberich gemacht haben.

Dies ist namentlich insofern der Fall, als in früheren Briefen der Angeklagten lobende Erwähnung der persönlichen Eigenschaften der Mitglieder der Häuser Berberich gethan ist, während dieser Punkt im Brief vom 5. Dezember 1867 übergangen wird, obgleich in der Anfrage auch über den Charakter ganz genaue Informationen erbeten werden.

Die aus der Verschärfung des Ungünstigen und aus dem Uebergehen des Günstigen hervorgehende feindselige Färbung des Briefs vom 5. Dezember 1867 findet nun ihre Erklärung in früheren Vorgängen.

Unbestrittenermaaßen hatte früher zwischen Ignaz Berberich Sohn und Theodor Bally anläßlich einer Be-

sprechung über ihre Wasserrechte ein Wortwechsel stattgefunden, und wie der durchaus glaubwürdige Zeuge Albert Villinger angibt, wurde ihm von Anton Villinger, der sich blos nicht mehr daran erinnert, mitgetheilt, daß Theodor Bally mit Bezug auf jenen Wortwechsel geäußert habe, er wisse nun auch, was er in Zukunft über die Berberich zu berichten habe.

Ferner ergeben die Aussagen der ebenfalls ganz glaubwürdigen Zeugen Tröndle und Oertli, daß auch Angehörige des Hauses Bally in feindseliger Weise öffentlich und ungünstig über den Vermögensstand der Berberich sich ausdrückten.

Aus allem diesem geht hervor, daß die Angeklagten sich in der Beantwortung der Anfrage aus Brüssel nicht von der ihnen bekannten Wahrheit, sondern von ihrer feindseligen Gesinnung gegen die Ankläger haben leiten lassen.

Es war aber den Angeklagten, ihrer Stellung in der Handelswelt nach, wohl bekannt, wie leicht eine vom wahren Sachverhalt nicht gebotene ungünstige Färbung ihrer Mittheilungen den Credit der Ankläger schädigen konnte, umsomehr, als den Anklägern bereits früher in Folge eines Briefs der Angeklagten, der günstiger lautete, als jener vom 5. Dezember 1867, von Banquier August Siebert in Frankfurt a. M. der Credit gekündigt, und die Eingehung einer Geschäftsverbindung von der Basler Handelsbank abgeschlagen worden, was den Angeklagten sicherlich bekannt geworden war. Obgleich hiernach der Inhalt des Briefs theilweise wissentlich falsch, in der Absicht den Anklägern an ihrem Fortkommen zu schaden, dem Adressaten mitgetheilt worden ist, so gebricht es doch an dem zum Dasein der Verleumdung weiter erforderlichen Umstand, daß im Brief den Anklägern strafbare oder unsittliche Handlungen nachgesagt worden wären. Der Inhalt des Briefs könnte wahr sein, ohne daß in dem darin vorgetragenen Sachverhalt eine Strafwürdigkeit oder Unsittlichkeit der Ankläger gelegen wäre. Daß die Ankläger bei ihren Creditanstrengungen von betrügerischen Absichten geleitet worden seien, ist mit keiner Silbe angedeutet, und darin, daß ein Handelshaus sich über seine Kräfte ausdehnt, liegt durchaus kein Umstand, der dasselbe auch nur der leichtsinnigen Zahlungsflüchtigkeit verdächtig machen könnte. Nur wenn der Inhalt des Briefs über seinen Wortlaut ausgedehnt, und der Letztere blos als Andeutung von Weiterem aufgefaßt wird, könnte er den Verdacht strafbarer oder unsittlicher Handlungen der Ankläger hervorbringen. Eine solche Behandlung des Briefs aber ist dem Verfasser gegenüber durchaus unstatthaft. Ebensowenig enthält er eine blose Ehrenkränkung.

Es ergibt sich dies theils aus dem eben Gesagten, theils noch daraus, daß der Besitz von Vermögen, wie er an und für sich außer aller Verbindung mit der Ehre steht, auch von einem Handelsmann nicht als Bestandtheil seiner Ehre, gleichsam seiner Geschäftsehre, betrachtet werden kann, abgesehen davon, daß die Verletzung einer nur von gewissen Berufsarten beanspruchten Standesehre nach dem Gesetz unter die strafbaren Ehrenkränkungen nur insofern gehört, als es sich um eine Schimpfrede handelt, die blos nach einer Standesmeinung eine Beschimpfung bildet. Hiezu kommt, daß die für den geschäftlichen Ruf der Ankläger nachtheiligste Stelle des Briefs, in welcher es nämlich heißt:

„wir müssen sehr bezweifeln, ob sie — die Ankläger — sich zur Stunde in der Lage befinden, ihren Verbindlichkeiten pünktlich nachzukommen" schon deßhalb nichts Strafbares enthält, weil sie blos die Ansicht des Schreibenden, nicht aber eine Aussage, eine Behauptung desselben ausdrückt. Diese subjective Seite wird dem ganzen Briefe dadurch gegeben, daß am Schlusse angefügt ist: „dieses ohne Verbindlichkeit."

Zu erwägen ist noch, daß die briefliche Mittheilung ausdrücklich im tiefsten Vertrauen und zur Geheimhaltung gemacht worden ist, was allein schon mit sich bringt, daß es bei den Angeklagten an der zur Strafbarkeit erforderlichen Absicht, zu beleidigen, gebricht.

Unwesentlich dagegen ist der Umstand, daß der Brief auf eine Anfrage erfolgte, welche mit Wissen der Ankläger gestellt worden war. Denn dadurch waren die Angeklagten keineswegs genöthigt, dem Anfragenden nunmehr auch Schlimmes oder die Unwahrheit zu berichten; da sie dies doch gethan haben, ist es immerhin ihre eigene freie Entschließung, wenn gleich es getadelt werden muß, daß in der Anfrage unwahre ungünstige Angaben über die Ankläger gemacht wurden, was die Angeklagten leichter ebenfalls zu einer ungünstigen Antwort veranlassen konnte.

Daß der Brief, abgesehen von den darin besprochenen thatsächlichen Verhältnissen, keine verächtliche Behandlung oder Beschimpfung enthält, zeigt seine Schreibart, die

sich durchaus in den Grenzen der gebildeten Sprache und des Geschäftsstils hält.

Aus diesen Gründen und nach §. 287. 291 und 294 des Str.G.B. und der Kosten wegen nach §. 326 der Str.Pr.O., wurde wie geschehen erkannt. B. Bstk.

77.

Kleinere Mittheilungen aus der Praxis des Kreisgerichts Baden.

1) Erfüllungseid einer Gemeinde über unvordenkliche Ersitzung eines Wegrechts.

Der Notheid bei der unvordenklichen Verjährung ist durch die jetzt noch gültige Verordnung im Regierungsblatt 1803 No. 10 ausdrücklich für gültig erklärt, und ist nirgends an die Beschränkung des §. 530 Ziff. 2 der Pr.O. gebunden, kann sich daher auch auf fremde Handlungen erstrecken, sofern dadurch, wie hier, die richterliche Ueberzeugung verstärkt wird. Pr.O. §. 584. Oberhofgerichtliche Jahrb. n. F. XIII. S. 387. Annalen 29 S. 297. Es kann daher einer Partei auferlegt werden, zu beschwören, daß sie die Ueberzeugung von der Wahrheit einer Thatsache erlangt habe. Von den Vertretern juristischer Personen kann man zwar auch bezüglich der Vergangenheit den Wahrheitseid fordern (Annalen 25 S. 209), aber doch nur bezüglich Handlungen, die rechtlich als deren eigene erscheinen, während es sich bei der unvordenklichen Ersitzung nicht um solche, sondern nur um einen thatsächlichen Zustand fragt, welcher der juristischen Person ohne deren Zuthun Rechte verleiht.

Der Eid wurde dahin formulirt:

„Es ist wahr, daß wir die Ueberzeugung erlangt haben, daß wenigstens vierzig Jahre vom 1. Januar 1810 zurückgerechnet die Einwohner der Gemeinde Balg fortwährend, ununterbrochen, öffentlich und ruhig über den Fußweg durch das klägerische Eigenthum gegangen sind;

es ist ferner wahr, daß ein entgegengesetzter Zustand, sowie der Anfang des erwähnten Zustandes unbekannt ist.“

Pflüger gegen Gemeinde Balg, Eigenthumsfreiheit betreffend, Urtheil vom 4. Dezember 1866. Unter Adoption der Gründe bestätigt vom Appellationssenat Offenburg am 1. März 1867. Durch fünf Eideshelfer wurde dann auch dieser Eid geschworen.

Arg. e contr. §. 584 könnte man freilich behaupten, daß der Notheid über fremde Handlungen nur in der Form des Nichtwissens zulässig sei. Allein wie schon die Regierungsmotive S. 26 den Nothеid nicht an die Beschränkung des §. 530 Ziff. 2 gebunden erachten, so wird der als §. 594 a von der II. Kammer in der jetzigen Fassung vorgeschlagene und angenommene §. 584 im Commissionsbericht von Kusel S. 18 folgendermaaßen begründet:

Außerdem schlagen wir einen Beisatz vor, welcher dazu dienen soll, einige in der Praxis vorgekommene Zweifel für die Zukunft zu beseitigen. Man hatte bei manchen Gerichten Bedenken, ob bei dem Nothеide die Beschränkungen des §. 530 der Pr.O. ebenfalls stattfinden. Allein die Gründe dieser Bestimmungen bei dem Schiedseide passen nicht auf den Nothеid, welchen der Richter auferlegt. Zur Ergänzung eines unvollständigen Beweises oder Gegenbeweises kann auch über fremde Handlungen und über das Nichtwissen der Eid einer Parthie auferlegt werden.

Da hiergegen in der I. Kammer nichts eingewendet wurde, so hat §. 584 die, durch seine Fassung freilich nicht klar ausgedrückte, Bedeutung, daß die frühere Streitfrage (Annal. 21 S. 87, Annal. 22 S. 119) im Sinne der unbeschränkten Zulässigkeit des Nothеides entschieden worden ist.

2) Eine Kostenfrage.

Wenn nach erwirkter Vollstreckung ein Dritter Eigenthums- oder Vorzugsrechte auf die gepfändeten Gegenstände erhebt, und der betreibende Gläubiger sofort dem Begehren der Einsprache nachgibt, so eignet sich der Fall nach §. 172 der Pr.O. zur Wettschlagung der Kosten, denn wenn in jenem Nachgeben auch eine Entsagung auf den Einsprache-Rechtsstreit liegt, so folgt daraus nicht unbedingte Kostenersatzpflicht des Entsagenden, weil §. 309 der Pr.O. Abs. 2 nicht so aufzufassen ist, als ob dadurch ganz neue und selbstständige Bestimmungen über die Kostenzuscheidung getroffen werden sollen, sondern er muß in Verbindung gebracht werden mit den allgemeinen Vorschriften in Tit. V. und eben hiernach ist gemäß §§. 169. 172 die Kostencompensation zulässig. Zwiebelhofer gegen Nicolai vom 6. Juli 1867.

3) Die Zuständigkeit in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit richtet sich nur für Vormund-

schaftssachen nach dem Heimathsorte, sonst aber nach dem Gerichtsstand des Wohnsitzes.

Der Gerichtsnotar der Stadt Baden hatte sich in Sachen Hornung gegen Hornung auf Grund des §. 206 der Geschäftsordnung für Notare geweigert, den Vollzug der gerichtlich erkannten Vermögensabsonderung vorzunehmen, weil zwar die Eheleute Hornung in der Stadt Baden ihren Wohnsitz, aber in einer benachbarten Amtsgemeinde das Heimath- und Bürgerrecht hatten.

In Folge des von ihm nach §. 28 des Gesetzes über die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit erhobenen Competenzconflictes wurde dem großh. Justizministerium vorgetragen, daß nur in §. 5 jenes Gesetzes sich für Vormundschaftssachen eine Competenzbestimmung befinde, im Uebrigen aber die allgemeinen Grundsätze über Zuständigkeit auch für die freiwillige Gerichtsbarkeit gelten müssen, mithin in der Regel nach L.R.S. 102 der Wohnsitz entscheide, und daß §. 206 der Geschäftsordnung für Notare dem nicht entgegen stehe, indem derselbe nur über die Form des Geschäfts eine Vorschrift enthalte, was nicht auf die Zuständigkeit zu dessen Vornahme bezogen werden könne. Mit Erlaß großh. Justizministeriums vom 12. Juni 1867, No. 4954, wurde daraufhin ausgesprochen: „daß man auch diesseits die Zuständigkeit des Notars E. zum Vollzuge der Vermögensabsonderung der Eheleute Hornung für gegründet halte."

4) Beschränkung der Verfügungsgewalt minderjähriger Ehefrauen.

Die minderjährige Ehefrau steht als gewaltsentlassen unter der Pflegschaft ihres Ehemannes (L.R.S. 476. Zachariä I. §. 129 vor und in Bemerkung 3), sofern ihr nicht ein besonderer Pfleger bestellt ist, allein die Ermächtigung des Ehemannes genügt bei der Uebernahme einer Bürgschaft oder Sammtverbindlichkeit nicht. Eine solche Uebernahme ist nämlich offenbar der Aufnahme eines Darlehens gleich zu achten, hiefür aber bedarf der gewaltsentlassene Minderjährige nach der bestimmten Vorschrift des L.R.S. 483 die Genehmigung durch den Familienrath und durch die Obervormundschaft, jetzt durch den Gerichtsnotar.

Da eine solche Genehmigung nicht erfolgt ist, so erscheint die Uebernahme der Sammtverbindlichkeit durch die Beklagte als nichtig (Zachariä I. §. 133), ohne daß

bei einem einseitigen Vertrage, wie der vorliegende, der Nachweis einer Verkürzung der Beklagten erforderlich wäre. L.R.S. 1124. Stabel, Vorträge S. 157 ff.

Dagegen kann die minderjährige Ehefrau auf Erfüllung persönlicher Verbindlichkeiten belangt werden, ohne daß die Klage gegen deren Pfleger gerichtet wird, weil der Gewaltsentlassene zur Vornahme aller Verwaltungshandlungen hinsichtlich seines Vermögens berechtigt ist, hierzu aber auch die Vertheidigung gegen eine solche Klage gehört. Arg. L.R.S. 482, Annal. 32 S. 63, Zachariä I. §. 131 Ziff. 3.

Natürlich bedarf sie aber als Ehefrau der ehemännlichen Ermächtigung, um vor Gericht zu stehen.

Benz gegen Ehefrau Sandt. Urtheil vom 18. Juni 1867. Unter Adoption der Gründe bestätigt vom Appellationssenat Offenburg durch Urtheil vom 25. Oktober 1867. Dr. Puchelt.

78.

Sind Theilzettel öffentliche Urkunden?

J. A.S.
gegen
Joseph Müller, jung von Durbach,
wegen Fälschung einer öffentlichen Urkunde aus Gewinnsucht,

war nach Inhalt der bezüglichen Entscheidungsgründe festgestellt, daß der Angeklagte einen Theilzettel, gefertigt aus einem Vermögensübergabsvertrag zwischen seiner Mutter und ihm vom 5. Juni 1866, dadurch gefälscht hat, daß er bei dem unter Faß und Bandgeschirr aufgeführten letzten Weinfaß aus: „1 Oehmle 1 fl." durch Veränderung der Ziffern: „10 Oehmle 4 fl." gemacht hat, daß dieses zum Zweck der Verübung eines Betruges in gewinnsüchtiger Absicht geschehen ist, indem der Angeklagte sich dadurch bei dem großh. Amtsgerichte Offenburg als rechtmäßiger Eigenthümer des Fasses im Werth von 4 fl. darzustellen und der Verbindlichkeit zur Herausgabe an seine Mutter zu entziehen gesucht hat, und ebenso auch, daß er von dieser gefälschten Urkunde in dem betreffenden Rechtsstreit bei jenem Gericht durch Vorzeigen Gebrauch gemacht hat.

Durch Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg, Strafkammer vom 6. April d. J., No. 585, wurde er deßhalb der Fälschung einer öffentlichen Urkunde aus Gewinnsucht unter dem Strafmilderungsgrunde des

§. 426 des Str.G.B. schuldig erklärt und zu einer Kreisgefängnißstrafe von sechs Wochen, zu einer Geldstrafe von zehn Gulden, sowie zur Tragung der Kosten des Strafverfahrens und der Vollstreckung verurtheilt.

Dieses Urtheil wurde von großh. Oberhofgericht auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten am 16. Mai 1868 aufgehoben und erkannt:

> Joseph Müller jung von Durbach sei von der Anklage der Fälschung einer öffentlichen Urkunde aus Gewinnsucht freizusprechen und mit den Kosten zu verschonen.

Entscheidungsgründe:

Die zu entscheidende Rechtsfrage, welche den Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde des Verurtheilten gemäß Str.P.O. §. 373 Ziff. 7 bildet, ist hiernach im Wesentlichen nur die, ob der gefälschte Theilzettel an sich und unter den vorliegenden Umständen als eine öffentliche Urkunde im Sinne des Gesetzes gelten kann. Das erkennende Gericht hat diese Frage zum Nachtheil des Angeklagten bejaht; hiedurch erscheint der Letztere beschwert, indem dieselbe vielmehr aus überwiegenden Gründen zu verneinen ist.

Da es sich nämlich im gegebenen Fall um eine öffentliche Urkunde handelt, welche als Beweismittel in einer bürgerlichen Rechtssache dienen und als solches gebraucht worden sein soll, nicht etwa um eine sonstige öffentliche Urkunde, d. i. von einem öffentlichen Beamten über öffentlich-rechtliche Verhältnisse oder damit zusammenhängende Vorgänge in zuständiger Weise aufgenommen wurde, so können hier nur die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die gesetzlichen Voraussetzungen und Erfordernisse einer öffentlichen Urkunde, nämlich die L.R.S. 1317 und 1334—1336 in Vergleichung mit den bezüglichen Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und das Notariat vom Jahr 1864 §. 26. 46. 47 als maaßgebend angenommen werden. Andernfalls würde es an einem festen und sichern Maaßstab und Anhalt hinsichtlich des Begriffs solcher öffentlichen Urkunden fehlen.

Nur eine Urkunde, die nach Maaßgabe der erwähnten landrechtlichen Vorschriften als öffentliche Urkunde im einzelnen Falle Beweiskraft hat und mithin das bei der strengen Bestrafung der Fälschung öffentlicher Urkunden wesentlich in Betracht kommenden öffentlichen Glaubens nicht entbehrt, kann hienach, sofern es sich um Urkunden der oben bezeichneten Art handelt, als eine öffentliche im Sinne des Gesetzes gelten, wie der Gerichtshof in früheren, ähnlichen Fällen wiederholt anerkannt hat.

> Vergl. Annalen der badischen Gerichte Band 28 S. 178.
> Oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. Band 6 S. 131.
> Siehe auch den Commissionsbericht der II. Kammer von Aschbach zum betreffenden Titel des Str.-Ges.Buchs.

Ein Theilzettel als solcher erscheint nun im Sinne des L.R.S. 1317 nicht als eine öffentliche Urkunde, denn er hat unverkennbar nicht die Eigenschaften und den Charakter einer Urschrift, wie der L.R.S. 1317 im Zusammenhalt mit L.R.S. 1334 voraussetzt, vielmehr soll er bestimmungsgemäß zunächst nur als eine zur Notiz und Verständigung des Betheiligten selbst, nicht zum Beweis gegen Dritte zu gebrauchende schriftliche Aufzeichnung dienen. Zur Rechtfertigung eines unbedingten Befehls nach Pr.O. §. 618 ist derselbe, wie allgemein anerkannt ist, überall nicht geeignet, er kann höchstens als eine vorläufige Bescheinigung gemäß Pr.O. §. 378 benützt werden, sofern er genügend beglaubigt erscheint, was nicht immer der Fall ist.

> Vergl. A. Mayer, Blätter für Justiz und Verwaltung Band 1 S. 408.

Als Abschrift oder abschriftsmäßiger Auszug betrachtet könnte der in Frage stehende Theilzettel, dem allerdings eine besondere Beglaubigung der Uebereinstimmung seines Inhaltes mit den betreffenden Uebergabsakten nebst beigedrucktem Notariatssiegel am Schlusse nicht fehlt, nach Vorschrift des L.R.S. 1334. 1335 überhaupt nur im Falle des Verlustes der Urschrift möglicher Weise als eine öffentliche Urkunde Beweiskraft gewinnen, und überdieß nur bei dem Vorhandensein verschiedener weiterer Voraussetzungen, die namentlich in L.R.S. 1335 Ziff. 2 und 3 näher bezeichnet sind, wie z. B. eines Alters von mehr als 30 Jahren, soweit es sich um volle Beweiskraft handelt. Ein solcher Fall und die bezeichneten Voraussetzungen sind aber hier keineswegs vorhanden, und zwar um so weniger, als in dem bezüglichen Rechtsstreit sogar auch die Urschrift selbst, der Vermögensübergabsact, angerufen war und zur Vorlage kam.

Daß die bereits erwähnte Beglaubigung am Schlusse

des Theilzettels den Charakter der Urkunde im Wesentlichen nicht verändern kann, ergibt sich schon aus dem Obigen: der Theilzettel behält nach Maaßgabe der landrechtlichen Bestimmungen nichts desto weniger die oben dargelegte Natur, er ist unter den vorliegenden Verhältnissen nur eine der gesetzlichen Beweiskraft ermangelnde Abschrift, wenn auch eine beglaubigte.

Hiernach kann die strenge strafgesetzliche Bestimmung über Fälschung öffentlicher Urkunden im gegebenen Falle, in welchem ohnehin eine größere Gefährlichkeit des verbrecherischen Willens nirgends hervortritt, keine Anwendung finden.

Der gerichtlichen Verfolgung und Bestrafung der That des Angeklagten als Betrug oder Betrugsversuch steht der Mangel eines Antrags seiner Mutter, welche keine strafgerichtliche Verfolgung wünscht, entgegen.

Str.G.B. §. 457. 389.

Von einer Bestrafung wegen Fälschung einer Privaturkunde kann nach Beschaffenheit der Urkunde keine Rede sein.

Es rechtfertigt sich daher die Vernichtung des angefochtenen Urtheils und die Freisprechung des Angeklagten mit Entbindung von den Kosten. Str.Pr.O. §. 385. 426. Red.

79.

1) **Die Tödtung der in §. 103 Ziff. 1 und 2 des Pol.Str.G.B. bezeichneten Hunde ist keine durch das Gericht zu erkennende und zu vollziehende Strafe.**

2) **In Polizeistrafsachen ist das Amtsgericht bei Prüfung der Frage nach der Strafbarkeit der angeschuldigten That auf das in der Polizeianklage, beziehungsweise in der Hauptverhandlung aufgeführte thatsächliche Material beschränkt, und auch an die rechtliche Beurtheilung des Falles, von welcher die Polizeibehörde ausgeht, insofern gebunden, als es den Angeklagten gerade des Vergehens schuldig oder unschuldig erklären muß, welches der Anklage zu Grunde gelegt ist.**

I. Der §. 4 des Pol.Str.G.B. kennt als polizeiliche Strafen nur: Die Gefängnißstrafe, Geldstrafe, zeitliche Einstellung der Gewerberechte und die Confiscation einzelner Gegenstände in den vom Gesetz besonders bestimmten Fällen.

Indem sodann §. 1 des Gesetzes über die Gerichtsbarkeit und das Verfahren in Polizeistrafsachen die Gerichtsbarkeit zur Aburtheilung der polizeilich strafbar erklärten Handlungen den Gerichten zuweist, sind diese gehalten, die für die Verübung gewisser Handlungen durch das Gesetz angedrohten Strafbestimmungen auf den einzelnen dem Gerichte zur Entscheidung unterbreiteten Fall zur Anwendung zu bringen. Mit den Polizeistrafen sind nicht, wie z. B. mit der Zuchthausstrafe, besondere rechtliche Folgen verbunden, obwohl es Fälle gibt, in welchen die Verurtheilung wegen bestimmter Polizeiübertretungen besondere rechtliche Folgen nach sich ziehen kann; so kann z. B. der wiederholt wegen Bettels oder Landstreicherei Bestrafte in die polizeiliche Verwahrungsanstalt gebracht werden (Ges. vom 30. Juli 1840, Reggsbl. No. 28, Pol.-Str G.B. §. 36 Ziff. 6), was jedoch natürlich die Gerichte nicht berührt.

Die Anwendung der zur Beseitigung oder Verhinderung ordnungs- und rechtswidriger Zustände nothwendigen Maaßregeln ist aber nach §. 30 des Pol.-Str.G.B. den Polizeibehörden ausschließlich zugewiesen und eine unmittelbare Mitwirkung der Gerichte findet dabei in keiner Weise Statt.

Auch da, wo in dem besonderen Theile des Pol.-Str.G.B. im unmittelbaren Zusammenhang mit den für den Fall der Verübung eines Polizeivergehens ausgesprochenen Strafbestimmungen weitere Zwangsmaaßregeln erwähnt werden, hat die Anordnung und der Vollzug solcher Maaßregeln nicht von dem Gerichte in Verbindung mit dem Urtheile, sondern lediglich von der Polizeibehörde auszugehen, welche auch, insofern die strafrechtliche Verfolgung in ihrer Hand bleibt, die auf die Bestrafung zielende Procedur von Einleitung und Anordnung der fraglichen Zwangsmaaßregeln getrennt zu halten hat.

Die specielle Erwähnung besonderer, von den Polizeibehörden anzuordnenden, Maaßregeln in einzelnen Fällen ist daher auch nur beispielsweise geschehen, ohne daß aus dem Schweigen des Gesetzes in anderen Fällen auf eine Beschränkung der Polizei geschlossen werden dürfte.

Jolly-Eisenlohr S. 76. 366 ff.

So hat z. B. die Polizeibehörde die Befugniß, unerlaubte Werbebureau's, auch unabhängig von der strafgerichtlichen Verfolgung, zu schließen, Personen, welche in außerehelicher Geschlechtsverbindung zusammenleben, von einander zu trennen (§. 72), die Reinigung der Kleidungsstücke ꝛc. von, an einer ansteckenden Krankheit leidenden, Personen zu gebieten (§. 87), die Tödtung gefährlicher wilder Thiere, bezüglich welcher die zur Verhütung von Beschädigungen oder Störungen polizeilich aufgetragenen oder sonst erforderlichen Maaßregeln vernachlässigt wurden, anzuordnen (§. 101), die Tödtung von Fanghunden, welche auf Menschen abgerichtet sind, oder anderer bissiger Hunde auszusprechen (§. 103).

Die sprachliche Verbindung, in welcher die eigentliche Strafbestimmung mit der polizeilich anzuordnenden Maaßregel in einigen Fällen (z. B. §. 72, §. 103) ausgesprochen ist, kann an der Natur der oben ausgesprochenen Grundsätze nichts ändern.

Vergl. Commissionber. der II. Kammer 6. Beil.H. S. 356. 379. 402. 410. 411. 428. 429.

Während nun einerseits die Polizeigerichte nicht befugt sind, solche, aus §. 30 des Pol.Str.G.B. abgeleitete, polizeiliche Maaßregeln in Verbindung mit dem Urtheile auszusprechen, können auch anderseits die Polizeibehörden sich dadurch nicht beschwert erachten, daß das Polizeigericht ihrem hierauf gestellten Antrag nicht entsprochen hat.

Als deßhalb in einem solchen Falle — J. A.S. gegen Raphael Schmidt von Bühlerthal, wegen Haltung eines bissigen Hundes — das großh. Amtsgericht B. auf eine auf Grund des §. 103 Ziff. 3 des Pol.Str.G.B. erhobene Polizeianklage — worin neben der gesetzlichen Strafe auch die Tödtung des bissigen Hundes beantragt war — Urtheil dahin erlassen hatte:

„Es sei der Angeklagte wegen Herumlaufenlassens eines Hundes ohne Maulkorb in eine Geldstrafe von 5 fl. zu verurtheilen, von der Anklage des Vergehens nach §. 103 Ziff. 3 des Pol.Str.G.B. sei derselbe freizusprechen; und sei deßhalb auch der Hund des Angeklagten nicht zu tödten ꝛc." — wurde der Staatsanwalt des großh. Kreisgerichts Baden durch das großh. Ministerium des Innern ausdrücklich ermächtigt, auf den von der Bezirkspolizeibehörde gegen jenes Urtheil eingelegten Rekurs zu verzichten.

Nach den obigen Ausführungen war jedoch das amtsgerichtliche Urtheil insofern unrichtig abgefaßt, als dasselbe im Tenor des Urtheils überhaupt nicht sich über die Frage der Tödtung oder „Nicht"tödtung des fraglichen Hundes auszusprechen, sondern lediglich in den Entscheidungsgründen auszuführen hatte, daß der gestellte Tödtungsantrag der amtsgerichtlichen Entscheidungsbefugniß nicht unterstehe.

II. Während bei den eigentlichen Verbrechen und Vergehen das mannigfache Eingreifen der richterlichen Thätigkeit bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung und der Gestaltung der Anklage — wenn auch bedenklich — doch in dem Schutze, welcher dem Angeklagten gebührt, seine Entschuldigung finden mag, so erscheint solches bei den polizeilichen Anklagen, wo es hauptsächlich nur auf eine gerechte und unparteiische Entscheidung ankömmt, und die Nothwendigkeit und Räthlichkeit einer Verfolgung von den verschiedensten, mit der fraglichen Handlung nicht unmittelbar zusammenhängenden, Verhältnissen abhängt, schon an sich nicht gerechtfertigt, und hat auch in dem Gesetze über die Gerichtsbarkeit und das Verfahren in Polizeistrafsachen mannigfache und erhebliche Einschränkungen erfahren.

Es ist dort der Polizeibehörde die vorläufige Erhebung der Beweise sowohl, als die Formulirung der Anklage ohne jedwede richterliche Mitwirkung überlassen. Der Commissionsbericht der I. Kammer spricht sich hierüber dahin aus:

„Gehört die Verhütung und Unterdrückung von Polizeiübertretungen unbestreitbar wesentlich zu den Amtspflichten der Polizeibehörden, so muß man denselben auch gestatten, mit eigenen Augen zu sehen und mit eigenen Ohren zu hören, ob, von wem und unter welchen Umständen eine Polizeiübertretung begangen worden, ob und in welcher Art eine strafgerichtliche Verfolgung geboten und zweckmäßig ist."

Indem, auf diese Erwägungen gestützt, den Polizeibehörden die Funktionen der Anklage und der Untersuchung vollständig übertragen worden sind, und den Polizeigerichten nur die der Aburtheilung vorbehalten wurde (§. 2 des Ges. über die Ger.- und die Verf. in Pol.Str.S.), ist in §. 10 dieses Gesetzes, in strenger Anwendung des Anklageprinzips, der Polizeibehörde — abweichend von den Bestimmungen der §§. 244. 245 und 246 der Str.Pr.O. — überdies das wichtige Recht eingeräumt, bis zum Urtheil jederzeit die Anklage zurückzunehmen, und darf das Gericht — abweichend von Str.Pr.O. §. 250 Abs. 3 — den von

der Polizeibehörde in der Anklage, bezw. in der Hauptverhandlung, auf Grund ihres Ergebnisses gestellten Strafantrag nicht überschreiten.

Wenn nun einmal die Polizeibehörde nach Erwägung der Gründe für die Zweckmäßigkeit der Verfolgung und für die der Gemeinschädlichkeit der Uebertretung anzupassende Strafe eine Anklage in bestimmter Richtung durch Bezeichnung des Vergehens und der Art der Uebertretung mit einem bestimmten Strafantrag erhoben hat, so muß aber darin auch zugleich ein Verzicht der Polizeibehörde auf die Verfolgung der den Gegenstand der Anklage bildenden Handlung in dem Sinne gefunden werden, daß sie die fragliche That nicht als ein anderes, von ihr nicht bezeichnetes, Vergehen bestraft wissen will.

Jolly-Eisenlohr S. 411.

Mit anderen Worten: Die Bestimmungen des §. 248 Abs. 1 der Str.Pr.O. finden auf die Polizeianklagen keine Anwendung, weil sonst hierin indirekt eine dem Polizeigerichte eingeräumte Nöthigung der Polizeibehörde enthalten wäre, die polizeilich strafbaren Handlungen nur in einer gewissen, von der Polizeibehörde gar nicht gewollten, Richtung zu verfolgen, während grundsätzlich die Entschließung, ob und in welcher Richtung die strafrechtliche Verfolgung einzuleiten sei, bei den Polizeiübertretungen den Gerichten entzogen und die Verfolgung von Polizeivergehen von Anfang bis zur Urtheilsfüllung lediglich in die Hand der Polizeibehörde gelegt ist.

Jolly-Eisenlohr S. 362. 367.

Die Richtigkeit der obigen Behauptung geht auch schon daraus hervor, daß nach §. 4 des Gesetzes über die Ger.- und das Verf. in Pol.Str.S. die Polizeibehörde bei der Benützung des durch ihre Erhebungen gelieferten Untersuchungsmaterials nicht zu einer ihr durch das Gericht vorgezeichneten Auswahl der erheblichen Thatsachen oder zu einer Subsumtion der gegen den Angeklagten vorliegenden Momente unter eine bestimmte Vorschrift des Gesetzes und einer entsprechenden Formulirung der Anklage gezwungen werden kann, und die sonst in gerichtlichen Strafsachen der Raths- und Anklagekammer eingeräumten Funktionen für Polizeisachen nicht den Amtsgerichten übertragen sind.

Jolly-Eisenlohr S. 381. 406.

Dazu kömmt noch, daß die Polizeibehörde nach §. 10 jenes Gesetzes befugt ist, bis zum Urtheil jederzeit die Anklage zurückzunehmen, und daß, wenn auch das Amtsgericht, von den Vorschriften des §. 248 der Str.P.O. Gebrauch machend, seine abweichende Ansicht zur Geltung bringen und den Angeklagten wegen eines anderen Vergehens zur Strafe ziehen wollte, die Polizeibehörde durch Zurücknahme der Anklage die von ihr nicht beantragte Bestrafung gänzlich vereiteln könnte, wozu der Staatsanwalt in gerichtlichen Strafsachen nach §. 246 der Str.P.O. nicht befugt ist.

Ganz besonders kömmt aber die Bestimmung des §. 10 Abs. 3 jenes Gesetzes in Betracht, daß nämlich das Gericht den von der Polizeibehörde gestellten Strafantrag nicht überschreiten darf. Diese Bestimmung hat offenbar in der Voraussetzung ihren Grund, daß die Polizeibehörde am Besten in der Lage ist, die der Verschuldung im einzelnen Falle angemessene Strafe zu finden.

Der Strafantrag wird nämlich von der Polizeibehörde nur mit Rücksicht auf das von ihr in der Anklage unterstellte Vergehen richtig und der Verschuldung im einzelnen Falle entsprechend, gestellt werden können. Es wäre nun aber höchst sonderbar, wenn dem Gerichte, obgleich es schon an den Strafantrag gebunden ist, auf der anderen Seite das umfassendere Recht eingeräumt wäre, von der rechtlichen Beurtheilung des Falles, von welcher die Polizeibehörde ausgegangen ist, vollständig abzusehen und den Angeklagten wegen eines anderen Vergehens zu verurtheilen, dessen Verfolgung der Vertreter der Anklage (die Polizeibehörde) gar nicht nöthig oder räthlich gefunden hat.

Nicht selten wird sogar die Verurtheilung wegen eines anderen Vergehens schon aus dem Grunde gar nicht möglich sein, weil für manche Vergehen nicht gleichzeitig Geld- und Gefängnißstrafe neben einander angedroht sind, und weil das Gebot den gestellten Strafantrag nicht zu überschreiten, nicht blos die Höhe der in einer bestimmten Strafart gestellten Strafe, sondern auch die Strafart selbst umfaßt.

Wenn daher z. B. die Anklage auf Veranstaltung einer unerlaubten Sammlung gerichtet und eine Geldstrafe beantragt ist (§. 62 des Pol.Str.G.B.), das Gericht aber das Vergehen des Bettels (§. 66) als vorhanden anzunehmen sich veranlaßt sieht, welches ausschließlich mit Gefängniß bedroht ist, so wäre die gegentheilige Ansicht mit den Bestimmungen des Pol.Str.G.B. und der Vorschrift des §. 10 Abs. 3 des Gesetzes

über das Pol.Str.B. gar nicht in Einklang zu bringen, und glaube ich, die oben ausgesprochene Ansicht auch auf die Gefahr hin aufrecht erhalten zu müssen, mit dem geistreichen Commentator des Pol.Str.G.B. (Eisenlohr S. 414) in Widerspruch zu gerathen.

Da nämlich angenommen werden muß, daß das Pol.-Str.G.B. selbst, weil es in manchen Fällen (§. 86. 133) die Gefängnißstrafe nur für die schwereren Fälle androht, die Geldstrafe für die leichtere Strafe ansieht — wie dies auch an und für sich und nach der allgemeinen Auffassung gewöhnlich der Fall sein wird — so darf das Amtsgericht, sobald der Strafantrag auf eine Geldbuße gerichtet ist, nicht auf Gefängniß erkennen, wenn auch das Maaß der Gefängnißstrafe, nach den Vorschriften über die Strafverwandlung, der beantragten Geldstrafe gleichstehen würde. Wenn daher der Strafantrag nur auf Geldstrafe gerichtet ist, so darf nicht nur nicht bei jenen Vergehen, bei welchen das Gesetz ausdrücklich die Gefängnißstrafe für die schwereren Fälle angedroht hat, auch nur auf die geringste Gefängnißstrafe erkannt werden, sondern es kann dies überhaupt nie stattfinden, wenn auch das Gericht einmal in einem gegebenen Falle der Ansicht sein sollte, daß die Gefängnißstrafe hier keine härtere Buße sei, denn es kömmt dabei nicht auf die Ansicht des Gerichtes, sondern lediglich auf die des Gesetzes an.

Obiger Ansicht steht aber auch die Analogie zur Seite, welche sich aus §. 318 und §. 327 der Str.P.O. im Vergleich zu §. 7 und 10 des Gesetzes über das P.Str.V. darbietet.

Wie nämlich für die Form der Privatanklage die Bezeichnung des Vergehens als ein nothwendiges Erforderniß vorgeschrieben ist, und in Privatanklagesachen der Strafantrag des Anklägers von dem urtheilenden Richter nicht überschritten werden darf, so muß auch die Polizeianklage außer der Bezeichnung der dem Beschuldigten zur Last gelegten That noch die Bezeichnung der Polizeiübertretung sowie der polizeilichen Strafbestimmung enthalten; wornach dieselbe zu bestrafen ist, und ebenso ist auch für Polizeianklagen der Grundsatz des §. 327 der Str.P.O. Abs. 1 in §. 10 des Gesetzes über das P.Str.V. adoptirt. Nun ist aber durch den von Haager zu §. 318 und §. 327 der Str.P.O. erstatteten Commissionsbericht dargethan und allgemeine gerichtliche Praxis, daß in Privatanklagesachen die Verurtheilung nicht auf Thatsachen gebaut werden kann, auf welche die Anklage nicht gegründet ist, daß somit z. B. das Gericht nicht wegen Verläumdung verurtheilen darf, wenn die Anklage auf Ehrenkränkung lautet; ferner, daß der Strafantrag des Privatanklägers auch dann für den Richter maaßgebend ist, wenn derselbe unter das gesetzliche Maaß herabgeht, wogegen der Richter nur im Falle des Antrags auf eine Strafart, welche das Gesetz nicht kennt, z. B. Widerruf, öffentliche Abbitte ꝛc. nach seinem Ermessen die Strafe zu bestimmen hat, und der deßfallsige Antrag des Privatanklägers als nicht geschehen zu betrachten ist.

Ammann, Bem. 1 zu §. 327, Bem. 1 und 2 zu §. 318 der Str.P.O.

Es läßt sich nun aber kein Grund einsehen, warum die aus §§. 318 und 327 der Str.P.O. für Privatanklagesachen sich ergebenden Consequenzen nicht auch aus §§. 7 und 10 des Gesetzes über das Verfahren in Polizeistrafsachen sollten abgeleitet werden können, wo das Anklageprinzip gleich strenge Anwendung gefunden hat.

In einem Falle daher, wo das Gericht die rechtliche Auffassung der Polizeibehörde nicht theilt, steht ihm nur die Freisprechung von dem angeklagten Vergehen zu.

Von dieser Ansicht ausgehend, halte ich das oben angeführte Urtheil des großh. Amtsgerichts B. insofern nicht gerechtfertigt, weil es gegen den Angeklagten wegen eines anderen Vergehens, als worauf die Anklage der Polizeibehörde gerichtet war, eine Verurtheilung aussprach. Im obigen Falle hatte nämlich die Bezirkspolizeibehörde nicht aus dem letzteren Grunde, sondern nur wegen der verweigerten Tödtung des Hundes und der Kostenfolge wegen recurrirt.

Ferdinand Beck, Anwalt in Baden.

80.

Was ist unter der in §. 302 der Str.P.O. vorgeschriebenen Beschuldigung zu verstehen?

Der §. 302 Abs. 2 der Str.P.O. bestimmt nicht ausdrücklich, was die Beschuldigung enthalten soll. Die Geschäftsbehandlung der einzelnen Staatsanwälte ist daher eine verschiedenartige. Von einigen Staatsanwälten und Vertretern der Staatsanwaltschaft wird nur allgemein der Antrag auf Einleitung einer Untersuchung wegen Diebstahls oder Betrugs zum Nachtheil des N. N. gestellt. Von Anderen wird dagegen

außerdem entweder gleichzeitig mit diesem Antrag oder im Laufe der Untersuchung eine bestimmte Beschuldigung in der Art erhoben, daß die wesentlichen Thatsachen, auf welchem die Anschuldigung beruht, die Bezeichnung des Verbrechens, auf welches sie gerichtet ist, mit den die Gattung und Art desselben bestimmenden Umständen und den Erschwerungs- und Milderungsgründen, ferner die einschlägigen Gesetzesstellen und die in der Hauptverhandlung zu erhebenden Beweismittel darin enthalten sind.

Offenbar versteht das Gesetz unter der in §. 302 Abs. 2 vorgeschriebenen Beschuldigung etwas Anderes und mehr als den nach §. 2 und 59 der Str.P.O. zu stellenden allgemeinen Antrag auf Einleitung einer Untersuchung, indem sonst die Bestimmung in §. 302 Abs. 2 überflüssig wäre. Der allegirte §. 302 unterscheidet auch sowohl im Marginale als im Text ganz genau zwischen dem Antrag auf Einleitung einer Untersuchung und der Beschuldigung. Im Text wird in Abs. 1 von dem Antrag auf Einleitung einer Untersuchung und in Abs. 2 von einer bestimmten Beschuldigung gesprochen.

Sodann verordnet der §. 207, daß die Beschuldigung oder der Antrag des Staatsanwalts auf Versetzung in den Anklagestand die oben angeführten Bestandtheile enthalten müsse. Ausdrücklich ist dieses allerdings nur für kreis- und schwurgerichtliche Strafsachen vorgeschrieben. Allein diese Bestimmung ist lediglich eine Consequenz des der Strafprozordnung zu Grunde liegenden Anklageprinzips. Es ist deßhalb in §. 318 für Privatanklagesachen, in §. 364 für Preßsachen und in §. 7 des Gesetzes über die Gerichtsbarkeit und das Verfahren in Polizeistrafsachen eine ähnliche Vorschrift gegeben, wie in §. 207. Diese Bestimmungen müssen analog auch auf andere amtsgerichtliche Strafsachen angewendet werden, da sich kein Grund denken laßt, warum solche in dieser Beziehung anders behandelt werden sollen, als die übrigen Strafsachen, während gerade beim Verfahren vor den Amtsgerichten eine dem §. 207 im Wesentlichen entsprechende bestimmt formulirte Beschuldigung aus selbstverständlichen Gründen als zweckdienlicher, sogar noch als nothwendiger erscheint, als beim Verfahren vor den höheren Collegialgerichten. Daß das Gesetz unter der Beschuldigung eine auf die oben angegebene Weise circumstantiirte Beschuldigung versteht, ergibt sich ferner noch

1) aus den Motiven der großh. Regierung zu §. 301 des Entwurfs, worin gesagt ist, daß von dem Staatsanwalt oder von der sonstigen Person oder Behörde, von der die Einleitung des Strafverfahrens beantragt wird, eine bestimmt formulirte Beschuldigung aufzustellen ist, welche als Grundlage der Hauptverhandlung dient; sodann
2) aus §. 307 Abs. 3 des Entwurfs, wornach in der Hauptverhandlung bei den Amtsgerichten an die Stelle des mündlichen Vortrags die Vorlesung der Beschuldigung tritt, wenn diese vom Staatsanwalt oder einer andern Behörde erhoben und ein Vertreter der Beschuldigung nicht erschienen ist, oder wenn der Privatankläger, er mag erschienen sein oder nicht, darum bittet.

Zwar ist diese Bestimmung von der ersten und zweiten Kammer gestrichen worden (vergl. Commissionsb. beider Kammern zu §. 307 des Entwurfs) und schreibt nunmehr der §. 308 der Str.P.O. vor, daß die Beschuldigung in der Hauptverhandlung mündlich vorzutragen ist.

Allein immerhin dient der §. 307 Abs. 3 des Entwurfs zur Erläuterung dessen, was der Gesetzgeber unter der Beschuldigung verstanden haben will. Und da hiernach im Falle des Nichterscheinens des Vertreters der Staatsbehörde in der Hauptverhandlung die Beschuldigung hätte vorgelesen werden sollen, so kann es nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß das Gesetz unter Beschuldigung eine Art Anklageschrift, also etwas Anderes und mehr versteht, als den allgemeinen Antrag auf Einleitung der Untersuchung.

Der Umstand, daß gemäß §. 308 der Str.P.O. die Beschuldigung in der Hauptverhandlung mündlich vorzutragen ist, ändert nichts an der Sache, einmal deßhalb, weil nach §. 302 Abs. 3 die bestimmt formulirte schriftliche Beschuldigung dem Beschuldigten vor der Hauptverhandlung mündlich zu eröffnen oder schriftlich zuzustellen ist, und zum Andern deßhalb, weil zu Folge §. 305 in den daselbst angeführten Fällen auch ohne Hauptverhandlung das Urtheil gefällt werden kann.

Es ist zwar schon die Ansicht geltend gemacht worden, daß eine Beschuldigung nicht nothwendig sei, wenn das Urtheil nach §. 305 ohne Schöffen und ohne Hauptverhandlung erlassen werden kann.

Allein diese Ansicht ist nicht richtig: Denn der §. 302 verlangt allgemein und unbedingt, daß eine bestimmte Beschuldigung erhoben werden soll. In §. 305 ist hievon keine Ausnahme gemacht, sondern nur bestimmt, daß in den daselbst angeführten Fällen ohne Zuziehung von Schöffen und ohne Hauptverhandlung sofort zur Fällung des Urtheils geschritten werden kann. Wenn sodann in den Motiven der großh. Regierung zu §. 301 des Entwurfs gesagt ist, daß die Beschuldigung als Grundlage der Hauptverhandlung dienen soll, so kann daraus nicht gefolgert werden, daß bei Aburtheilungen ohne Schöffen und ohne Hauptverhandlung keine Beschuldigung nothwendig sei. Denn nach §. 304 des Entwurfs sollte auch in den Fällen, wo die Beiziehung von Schöffen unterbleiben durfte, eine Hauptverhandlung gepflogen werden. Dieses ist aber durch §. 305 der Str.P.O. dahin abgeändert worden, daß in den daselbst angeführten Fällen eine Hauptverhandlung nicht nothwendig ist, sondern der Richter sofort zur Fällung des Urtheils schreiten kann. (Vergl. Commissionsbericht der zweiten Kammer zu §. 304 des Entwurfs).

Es wird kaum der Erwähnung bedürfen, daß die Beschuldigung mit dem Antrag auf Einleitung einer Untersuchung sofort verbunden, aber auch erst im Laufe der Untersuchung besonders erhoben werden kann.

Haager.

81.

Ist ein Anwalt, der zufolge eines widersprochenen bedingten Befehls, wodurch er den vom Gerichte bestätigten Deservitenbetrag einklagte — gegen den Schuldner förmliche Klage erhob und obsiegte — berechtigt, den Kostenersatz nach der Taxordnung für Anwälte zu verlangen — bezw. ist ein Anwalt überhaupt berechtigt, wenn er wegen Bezahlung von Deserviten klagend auftritt, Kostenersatz nach der Taxordnung zu beanspruchen?

Diese Frage wurde vom großh. Amtsgerichte Freiburg verneint und dieser Bescheid auf ergriffene Beschwerdeführung von großh. Kreis- und Hofgericht Freiburg bestätigt.

Anwalt R. in L. führte für G. einen Rechtsstreit und hatte an diesen eine Gebührenforderung von etwa 40 fl., welche Forderung von dem betreffenden Gerichte als der Taxordnung entsprechend bezeichnet wurde — wovon er auch den Schuldner in Kenntniß setzte.

Auf einen widersprochenen bedingten Zahlungsbefehl erhob R. förmliche Klage; in der zur mündlichen Verhandlung anberaumten Tagfahrt gab der Beklagte die Thatsache der Klage zu und wurde sofort durch unbedingten Befehl unter Verfällung in die Kosten zur Zahlung verurtheilt.

R. reichte nun seine Kostenerstattungsbitte ein unter Zugrundelegung der neuen Taxordnung für Anwälte; sofort wurde von großh. Amtsgerichte Freiburg verfügt, daß, nach den jetzt bestehenden Gesetzen ein Anwalt, der selbst als Partei auftritt, keine andere Gebühr anzusetzen habe, als jede andere Partei und setzt die zu ersetzenden Kosten auf 4 fl. 11 kr. fest. Auf erhobene Beschwerde, worin namentlich angeführt wurde, daß der Beklagte den Kläger durch den Widerspruch nöthigte, Klage zu erheben, daß die Kosten durch die Stellung des Klägers als Anwalt erwachsen seien, mithin dem Kläger auch die taxordnungsmäßigen Kosten zu ersetzen seien — erließ das großh Kreis- und Hofgericht folgenden Bescheid:

in Erwägung, daß Anwälte den Ersatz der nach Maaßgabe der Gebührenordnung vom 4. Mai 1867 berechneten Gebühren in eigener Sache nur da anzusprechen haben, wo überhaupt Anwaltskosten nach Beschaffenheit des Rechtsstreits als nothwendige Kosten (§. 170 der Pr.O.) erscheinen, daß dies bei der Einfachheit des vorliegenden Rechtsstreits nicht der Fall ist, also nur die allgemeine Gebührenordnung vom 2. April 1866 Anwendung findet — wird die Beschwerde als unbegründet verworfen. *)

Wie schon gesagt, klagte R. den Beklagten zuerst mittelst bedingten Zahlungsbefehls ein und berechnete für den bedingten Befehl nach §. 4 und 16 der Taxordnung 45 kr., für Stempel, Abschrift dazu, Porto und Zustellung 39 kr.

Das großh. Amtsgericht Freiburg nahm jedoch nur 38 kr. für Auslage auf.

R.

*) Die Gründe zu der Entscheidung des Appellationssenats betonen die Frage der Nothwendigkeit der Anwaltskosten. Diese nach §. 171 der Pr.O. auf den Fall des Beizugs eines Anwalts bezügliche Frage scheint aber da, wo ein Anwalt sich selbst vertritt, nicht die entscheidende zu sein; vielmehr handelt es sich hier um die nicht zu umgehende Principfrage: Darf ein Anwalt für Prozesse, die er für sich selbst führt, an seinen Gegner dieselben Gebühren anfordern, die er nach der Anwaltstaxordnung für Vertretung einer Prozeßpartei an diese anzusprechen hat?

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Juli 1868. No. 6.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Beilage

zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 6.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Juli 1868.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Donnerstag den 2. Juli.	
33	Oswald gegen Lang. — Einsprache gegen Vollstreckung. . .	Süpfle. — Esser.
41	Adler gegen Friedrich. — Vertragserfüllung.	Esser Schenkh.
	Dienstag den 7. Juli.	
32	Hogg gegen Sauter. — Einsprache gegen Verweisung. . .	Friedmann. — Gernandt.
33	Rehmann gegen Leuthner. — Arrestaufhebung. . . .	v. Engelberg.
	Dienstag den 9. Juli.	
39	Marius-Coté gegen Reiß. — Forderung.	Bracht. — Mangold.
35	Glitsch gegen Göhring. — Forderung.	Barbo. — Geißmar.

(Gerichtsferien.)

In der Buchhandlung von **J. Bensheimer** in **Mannheim** ist zu haben:

Cours de Code civil

par

C. Demolombe.

11. volumes.

Lorsque M. Demolombe publia, en 1846, le premier volume de son Cours de droit civil, nous n'hésitâmes pas à enrichir de cet ouvrage important la collection belge des jurisconsultes étrangers. Le succès du livre a grandi de volume en volume. Le savant professeur de Caen est placé aujourd'hui au premier rang des sommités de la science; aussi le gouvernement français lui a-t-il offert récemment un siége à la cour de cassation; mais, pour pouvoir se consacrer entièrement à l'oeuvre capitale qu'il a entreprise, M. Demolombe n'a pas hésité à refuser cette éminente position.

Le Cours de droit civil est à la fois un livre de science et de pratique; il s'adresse à la magistrature et au barreau, comme aux écoles. Cette double destination donne à cette oeuvre un caractère tout particulier.

Les recueils de jurisprudence s'empressent de le citer; mais comme leurs citations se rapportent en général à l'édition originale, nous avons cru faire chose utile, pour nos lecteurs, en indiquant, en tête de nos pages, la pagination correspondante de l'édition française. Ainsi: P., t. Ier, 4—6 signifie: édition de Paris, tome Ier, p. 4 à 6.

EN VENTE:

Tome I. De la Publication, des Effets et de l'Application de lois en général, de la Jouissance et de la Privation de droit civils, des Actes de l'état civil, du domicile et de l'Absence. (Tomes I. et II. de l'edition française.)

Tome II. Du Mariage et de la Séparation de corps. (Tomes III. et IV. de l'édition française.)

Tome III. De la Paternité et de la Filiation, de l'Adoption et de la Tutelle officieuse et de la Puissance paternelle. (Tomes V. et VI. de l'édition française.)

Tome IV. De la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation, de la Majorité, de l'Interdiction, du Conseil judiciaire et des Individus placés dans un établissement public ou privé d'aliénés. (Tomes VII. et VIII. de l'édition française.) Suivie d'une table analytique des quatre premiers volumes.

Tome V. De la Distinction des biens, de la Propriété, de l'Usufruit, de l'Usage et de l'Habitation. (Tomes IX. et X. de l'édition française.)

Tome VI. Des Servitudes ou Services fonciers. (Tomes XI. et XII. de l'édition française.)

Tome VII. Des Successions. (Tomes XIII. et XIV. de l'édition française.)

Tome VIII. Des Successions. (Tomes XV. à XVII. de l'édition française.)

Tome IX. Des Donations entre-vifs et des Testaments. (Tomes XVIII. et XIX. de l'édition française.)

Tome X. Des Donations entre-vifs et des Testaments. (Tomes XX. et XXI. de l'édition française.)

Tome XI. Des Donations entre-vifs et des Testaments. (Tomes XXII. et XXIII. de l'édition française.). Suivie d'une table alphabétique et analytique des Tomes IX., X. et XI.

Complette Exemplare sind zu fl. 54 und einzelne Bände à fl. 5 stets vorräthig.

Mannheim, 1. Mai 1868.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. **Band XXXIV.** **No. 12.**

82.

Der Zweck einer Stiftung bildet das Rechtssubject derselben.

Der Widerruf eines Vermächtnisses wegen nicht erfüllter Auflage steht dem in zweiter Reihe bedachten Vermächtnißnehmer zu, welcher jedenfalls auch die in L.R.S. 1121 bezeichneten Rechte eines Dritten auszuüben hat.

Begriff einer Rettungsanstalt für verwahrloste Kinder.

Durch die Anordnung des Verfalls eines Vermächtnisses, wenn binnen einer bezeichneten Frist die damit verbundene Auflage nicht erfüllt sein würde, wird die Anwendbarkeit des L.R.S. 1184 Abs. 3 ebenso ausgeschlossen, wie durch Aufnahme der sog. commissorischen Clausel in einem Vertrag.

In Sachen

der Stadtgemeinde *Freiburg*, Klägerin, Appellatin, Oberappellatin

gegen

den Centralverein zur Rettung sittlich verwahrloster Kinder in *Karlsruhe*, Beklagten, Appellanten, Oberappellanten,

Forderung betr.

Der im Juli 1848 gestorbene Philipp *Merian* von Basel hatte in einem am 10. Januar 1847 zu Freiburg errichteten Testament verordnet, daß nach seinem Ableben sein Haus zu Freiburg verkauft und vom Erlös 12,000 fl. dem Centralverein zur Rettung sittlich verwahrloster Kinder in Carlsruhe zugewiesen werden sollten. Er hatte dabei über die Verwaltung und Verwendung dieses Geldes unter andern folgende Bestimmungen getroffen:

§. 1.

„Die 12,000 fl. hat der Centralverein als ein feststehendes, unangreifbares Capital unter seiner Garantie auf sicheres Unterpfand anzulegen und in den Versicherungsurkunden ausdrücken zu lassen, daß die Gelder als Philipp Merian'scher Stiftungsfond für verwahrloste Kinder dargegeben werden, sofort diesen als solchen in der Jahresrechnung aufzuführen.

§. 2.

Den Ertrag dieses Stiftungsfonds hat der Verein nur zur Verpflegung sittlich verwahrloster Kinder in einer von mir bezweckten, in und für den Oberrheinkreis zu errichtenden *Rettungsanstalt*, welche *längstens innerhalb zweier Jahre von meinem Todestag an in's Leben zu rufen ist, zu verwenden.*

§. 3.

Ich will, daß der Centralverein binnen 6 Monaten von meinem Todestag an sich über die Annahme dieser Stiftung erkläre.

§. 4.

Dasjenige, was über 12,000 fl. aus meinem Hause erlöst wird, soll der Stadtgemeinde Freiburg mit der Bedingung zufallen, daß solches als immerwährendes Capital auf sicheres Unterpfand unter Garantie der Stadtgemeinde angelegt, und die Rente davon als Beitrag zu einer ständigen, alle Jahre in den Wintermonaten einzuführenden, Suppenanstalt in Freiburg verwendet werden soll.

§. 7.

Das Stiftungskapital von 12,000 fl. für den Centralverein fällt zurück und geht an die Stadtgemeinde Freiburg über:

1) wenn der Centralverein das Legat von 12,000 fl. zur Verwendung des Ertrages für Verpflegung verwahrloster Kinder in einer im und für den Oberrheinkreis zu errichtenden Rettungsanstalt nicht annehmen könnte,

2) *diese Anstalt in der bedungenen Frist nicht in's Leben gerufen wäre.*

§. 8.

Der Centralverein hat der Stadtgemeinde Freiburg den jährlichen öffentlichen Rechnungsausweis zuzustellen

und auf Verlangen Rechnungseinsicht über die Verwaltung zu gestatten, um nöthigenfalls aus dem Recht des Rückfalls das Stiftungskapital einbringlich machen zu können.

§. 9.

Bei dem wirklich erfolgten Rückfall an die Stadtgemeinde hat diese die gleichen Vorschriften rücksichtlich der Sicherung des Stiftungsfonds, wie bei dem Centralverein vorgeschrieben ist, zu beobachten und die Haftung in seinem vollen Betrag zu übernehmen. Den Ertrag hieraus hat sie dann gleichfalls in allen Theilen nach den in den vorstehenden §§. 4 und 5 für die Sparsuppe gegebenen Bestimmungen einzig zu verwenden."

Der Centralverein nahm nach dem Tode des Testators das Vermächtniß der 12,000 fl. an und suchte ein Gebäude zur Errichtung einer Rettungsanstalt in Freiburg zu erwerben, konnte aber nicht dazu gelangen und schloß daher im Frühjahr 1850 mit Lehrer Stehle in Bögisheim einen Vertrag über die Verpflegung sittlich verwahrloster Knaben ab. Er glaubte, damit eine Rettungsanstalt im Sinne des Merian'schen Testaments gegründet zu haben, und gab ihr den Namen „Merianstift."

Im April 1856 wurde die Anstalt nach Dettingen zu Lehrer Birmelin und im Mai 1861 nach Buggingen zu Lehrer Heiland verlegt. Die Zahl der in solcher Weise untergebrachten Zöglinge betrug in der Zeit von 1850 bis 1864 jährlich 4 bis 8, seit 1865 nur 3.

Die Stadtgemeinde Freiburg nahm nun an, daß diese Art der Verpflegung verwahrloster Kinder keine Rettungsanstalt im Sinne des Merian'schen Testaments darstelle, daß daher der im §. 7 Ziff. 2 des Testaments vorgesehene Fall eingetreten sei, wornach sie die Auslieferung des Stiftungskapitals zur Verwendung für eine in Freiburg zu errichtende Suppenanstalt beanspruchen dürfe, und erhob deßhalb, nachdem sie die Staatsgenehmigung für die — zur Gründung dieser letztern Anstalt gemachten — Stiftung erwirkt hatte, im März v. J. gegen den Centralverein eine Klage, worin sie die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der 12,000 fl. nebst Verzugszinsen begehrte.

Durch Urtheil der II. Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe vom 11. Juli 1867, No. 3036, wurde der beklagte Centralverein für Rettung sittlich verwahrloster Kinder in Karlsruhe für schuldig erklärt, der klagenden Stadtgemeinde Freiburg die eingeklagte Summe von 12,000 fl. nebst 5 pCt. Verzugszinsen vom 27. März d. J. an binnen 4 Wochen bei Zwangsvermeiden zu bezahlen und die Kosten zu tragen.

Auf die gegen das bestätigende Urtheil des Appellationssenats desselben Gerichtshofes vom 7. November 1867, No. 2546, von dem Beklagten ergriffene Oberappellation bestätigte das großh. Oberhofgericht am 7. Mai 1868, die Urtheile der beiden Vorderinstanzen in folgender Fassung:

> „Der Beklagte sei für schuldig zu erklären, der Klägerin die eingeklagten 12,000 fl. sammt 5 pCt. Verzugszinsen vom 27. März 1867 an durch Ausfolgung der in der Kasse der Philipp Merian'schen Stiftung vorhandenen Gelder und zur Deckung des dann noch etwa fehlenden Betrags — durch Hingabe des übrigen, seinem Werth nach — diesem Betrag entsprechenden Stiftungsvermögens — binnen 4 Wochen bei Vermeidung der Vollstreckung zu bezahlen und habe die Kosten der drei Rechtszüge zu tragen."

Entscheidungsgründe.

In erster Reihe hält der Beklagte der Klage die Einrede der Unzuständigkeit der Gerichte entgegen, indem er geltend macht, daß sich der vorliegende Streit zur Cognition der Verwaltungsbehörde eigne, weil es sich nur darum handle, wem die Verwaltung der Stiftung von 12,000 fl. zustehe, und etwa noch darum, zu welchem wohlthätigen Zweck Letztere zu verwenden sei. Diese Einrede ist jedoch mit Recht verworfen worden. Nimmt man — wie es die Parteien nach ihren Erklärungen in den vordern Instanzen zu thun scheinen — an, daß sie selbst es waren, welche im Merian'schen Testament als Vermächtnißnehmer bedacht wurden, m. a. W., daß der Testator den Erlös aus seinem Hause bis zu 12,000 fl. dem beklagten Centralverein und eventuell der klagenden Gemeinde, wenn schon behufs der Verwendung zu einem bestimmten Zweck, vermacht hatte, daß folglich jener Verein, eventuell die Gemeinde, Eigenthümer der 12,000 fl. werden sollte, so betrifft der jetzige Streit offenbar einen rein privatrechtlichen und daher der Cognition der Gerichte unterliegenden Anspruch, weil es sich darum handelt, welchem der streitenden Theile nun das im Merian'schen Testament ausgesetzte Vermächtniß zukommt. Die Zuständigkeit der

Gerichte ist aber auch dann begründet, wenn man von der Annahme ausgeht, daß nach der Absicht des Testators die 12,000 fl. nicht dem Centralverein und eventuell der Gemeinde vermacht waren, sondern eine selbstständige Stiftung zu einem wohlthätigen Zweck — zur Unterhaltung einer Rettungs-, eventuell einer Suppenanstalt — folglich ein eigenes Rechtssubjekt bilden und blos in die Verwaltung jener Personen übergehen sollten, einer Annahme, welche sich durch die im Testament enthaltenen Bestimmungen rechtfertigt, wornach der Centralverein die 12,000 fl. als ein feststehendes unangreifbares Capital unter seiner Garantie anlegen, in den Urkunden die dargeliehenen Gelder als Ph. Merian'schen Stiftungsfond bezeichnen, diesen Fond als solchen in der Jahresrechnung aufführen, dessen Ertrag für die ins Leben zu rufende Rettungsanstalt verwenden und der Gemeinde Rechnungseinsicht über die Verwaltung gestatten sollte — wornach ferner die Gemeinde den Mehrerlös über 12,000 fl. und eventuell auch diese 12,000 fl. als immerwährendes Capital unter ihrer Garantie anzulegen, die Renten davon für eine Suppenanstalt zu verwenden, und die Haftung für die etwa an sie fallenden 12,000 fl. zu übernehmen hatte. Sind darnach, und weil der Zweck einer Stiftung deren Rechtssubjekt ausmacht, durch jenes Testament zwei verschiedene juristische Personen geschaffen worden, so ist die Klage rechtlich so aufzufassen, als werde mit ihr seitens der einen, durch die Gemeinde vertretenen, Stiftung von der andern, durch den Centralverein vertretenen, die Herausgabe des Vermögens begehrt, welches bisher der Letztern gehörte, nun aber auf die Erstere übergegangen sein soll.

Es liegt somit auch unter diesem Gesichtspunkt kein Streit über die Verwaltung von Stiftungen oder gar einer und derselben Stiftung, sondern ein Eigenthumsstreit zweier verschiedenen Stiftungen, also ein Streit über einen privatrechtlichen Anspruch vor.

Ebenso unbegründet ist die der Klage in zweiter Reihe entgegengehaltene Einrede der mangelnden Sachlegitimation, welche der Beklagte unter Berufung auf L.R.S. 1014 damit begründet, daß einem Stückvermächtnißnehmer weder eine Klage auf Ausantwortung der vermachten Sache gegen den dritten Besitzer, noch eine Widerrufsklage im Sinne der L.R.S. 1046 und 954 zustehe. Denn, wenn gleich der L.R.S. 1014 einem Legatar vorschreibt, die Auslieferung der vermachten Sache von dem Erben als demjenigen, der sich kraft Gesetzes in Besitz und Gewähr des ganzen Nachlasses befindet, zu verlangen, so folgt doch hieraus nicht, daß der Erbe, der die vermachte Sache an den mit ihr in erster Reihe bedachten Legatar ausgeliefert und damit seiner Verbindlichkeit genügt hatte, auch noch von Demjenigen um Auslieferung anzugehen ist, welchem die nämliche Sache eventuell — für den Fall der Nichterfüllung der dem erstberufenen Legatar gemachten Bedingungen oder Auflagen — vermacht war, und der nach Eintritt dieses Falls sein Recht geltend machen will. Eine Verpflichtung dieses Legatars, sein Auslieferungsbegehren gegen den Erben — nicht gegen den in erster Reihe bedachten Legatar — zu richten, ließe sich nur dann anerkennen, wenn der Erbe gehalten wäre, sich durch Widerruf des Vermächtnisses gegenüber dem erstberufenen Legatar wieder in den Besitz der vermachten Sache zu setzen. Diesen Widerruf konnte ihm aber das Gesetz nicht zumuthen, weil er kein Interesse daran hat, weil ihm die Wirkungen des Widerrufs nicht zu gut kämen, indem er die vermachte Sache nicht behalten dürfte, sondern dem in zweiter Reihe berufenen Legatar auszufolgen hätte.

Der Widerruf steht vielmehr, wie auch in der Wissenschaft anerkannt ist,

> Demolombe IX. (XVIII.) No. 80, XI. (XXII.) No. 267. 357,
> Troplong „donations" No. 2194,
> Aubry et Rau VI. §. 727 S. 211. 215,
> Zachariä IV. §. 727 bei Note 3,

nur dem in zweiter Reihe bedachten Legatar als Demjenigen zu, welchem die Wirkungen desselben zu gut kommen.

Dazu kommt noch der weitere Gesichtspunkt, daß nach bekannter Rechtsfiction zwischen dem die Erbschaft antretenden Erben und den Legataren ein vertragsähnliches Verhältniß — ein sog. Quasicontract — entsteht.*)

> Demolombe X. (XX.) No. 665.

Ist darnach im vorliegenden Falle das hinsichtlich des streitigen Vermächtnisses zwischen dem Erben des Testators und dem Beklagten bestandene Verhältniß rechtlich so aufzufassen, als ob Ersterer den Verfall des Vermächtnisses zu Gunsten der Klägerin für den Fall bedungen gehabt habe, wenn Beklagter den gesetzten Bedingungen nicht nachkommen würde, so darf Letzterer von der Klägerin jetzt ebenso auf Ausfolgung der vermachten Sache

*) S. L.R.S. 1100 da.

belangt werden, wie derjenige, welcher nach L.R.S. 1121 eine Zusage zu Gunsten eines Dritten gemacht hatte, von diesem auf Erfüllung der Zusage belangt werden kann. Uebrigens ergibt sich die beklagterseits bestrittene Sachlegitimation auch schon aus dem §. 8 des Merian'schen Testaments, welcher die Klägerin für berechtigt erklärt, jederzeit Rechnungseinsicht vom Beklagten zu verlangen, „um nöthigenfalls aus dem Recht des Rückfalls das Stiftungskapital einbringlich machen zu können."

Anlangend die Sache selbst, so glaubt der Beklagte der testamentarischen Bedingung, zufolge deren binnen 2 Jahren nach des Testators Tod eine Rettungsanstalt im Oberrheinkreis gegründet werden sollte, dadurch nachgekommen zu sein, daß er jährlich 4 — 8 Knaben bei Lehrern in verschiedenen Orten erziehen und verpflegen ließ. Mit Recht haben aber die Gerichte der vordern Instanzen angenommen, daß damit keine Rettungsanstalt im Sinne des Testators gegründet wurde. Nach dem Sprachgebrauch kömmt nämlich der Namen einer Rettungsanstalt für verwahrloste Kinder nur einer besondern, für sich bestehenden Anstalt in einem kauf- oder miethweise erworbenen Hause zu, worin eine größere Anzahl von Zöglingen jener Art untergebracht und unter Leitung von Personen, die ihre ganze Thätigkeit diesem Beruf widmen, in einer gerade für solche Kinder geeigneten Weise erzogen werden. Es ist aber um so mehr anzunehmen, daß der Testator eine derartige Anstalt — nicht eine Einrichtung, wie sie Beklagterseits getroffen wurde — im Auge hatte, als er eine Frist von 6 Monaten zur Annahme des Legats und eine weitere Frist von 2 Jahren zur Gründung der Anstalt setzte, während eine Einrichtung jener Art binnen wenigen Wochen, ja Tagen, ins Werk zu setzen war.

Der Beklagte behauptet zwar, daß die Testamentsbestimmung, wornach der Ertrag des Stiftungsfonds nur „zur Verpflegung" von Kindern verwendet werden solle, die Absicht der Gründung einer Anstalt in einem eigenen Hause unter einem besondern Aufsichtspersonal als ausgeschlossen erscheinen lasse, wie denn auch der auf 480 fl. per Jahr anzuschlagende Ertrag des Stiftungsfonds zur Unterhaltung einer solchen Anstalt und selbst zur Verpflegung einer größeren Anzahl von Kindern unzureichend gewesen wäre. Allein die Absicht des Testators ging, wie sich aus dem §. 2 seines Testaments in Verbindung mit seinem Schreiben an den Beklagten vom October 1836 ergibt, nicht dahin, daß mit den Zinsen des Stiftungsfonds eine Rettungsanstalt gegründet und erhalten werden solle: vielmehr wollte er mit diesen Zinsen nur einen Beitrag zur Erhaltung einer Rettungsanstalt leisten, die im Lauf von 2 Jahren im Oberrheinkreis durch den Beklagten selbst oder unter seiner Beihilfe durch Andere etwa gegründet werden würde. Der Beklagte macht zwar noch geltend, daß seine aus den Stiftungsmitteln errichtete Anstalt zu Bögisheim sowohl seitens der Testamentsexecutoren als als auch seitens der klagenden Gemeinde gutgeheißen worden sei. Er war jedoch außer Stande, eine ausdrückliche Zustimmung derselben zu behaupten oder Thatsachen anzuführen, woraus eine stillschweigende Zustimmung mit Bestimmtheit zu folgern wäre. Daß einer der Testamentsexecutoren der Eröffnung jener Anstalt anwohnte, daß die Gemeindebehörde zur Eröffnung ebenfalls eingeladen wurde, nachher jährlich die Rechenschaftsberichte über die Anstalt zugesandt erhielt und Letztere über 16 Jahre bestehen ließ, reicht offenbar nicht hin, um einen Verzicht auf Erfüllung der in Frage stehenden Testamentsbestimmung darzuthun. —

Der Beklagte stellt ferner eine eventuelle Beschwerde dagegen auf, daß ihm nicht noch eine Frist im Sinne des L.R.S. 1184 Abs. 3 bewilligt worden sei, um eine Rettungsanstalt zu gründen, wie sie nach der Ansicht der Gerichte der vordern Instanzen innerhalb der zwei Jahre nach dem Tod des Testators hätte gegründet werden sollen.

Diese Beschwerde ist jedoch ebenfalls unbegründet. Denn, wenn sich auch die Folgen des Widerrufs von Vermächtnissen wegen nicht erfüllter Auflagen oder Bedingungen im Allgemeinen nach den gesetzlichen Vorschriften über die Wirkungen auflösender Bedingungen bei doppelseitigen Verträgen richten, so ist doch hier, — wo der Testator dem Beklagten nicht etwa einfach die Gründung einer Rettungsanstalt binnen zwei Jahren aufgegeben, sondern ausdrücklich einen Verfall des Vermächtnisses angeordnet hatte, wenn die Anstalt nicht binnen jener Frist in's Leben gerufen wäre, die Anwendbarkeit des L.R.S. 1184 Abs. 3 ebenso ausgeschlossen, wie bei einem doppelseitigen Vertrag, dem die sog. commissorische Clausel beigefügt war (Zachariä II. §. 302 bei Note 35 und 36), da sich der Richter bei Testamenten über ausdrückliche Bestimmungen des Testators so wenig, wie bei Verträgen über ausdrückliche Bestimmungen der Contrahenten hinwegsetzen darf. —

Wenn sonach die Beschwerde des Beklagten in der Hauptsache unbegründet ist, so macht er dagegen mit Recht geltend, daß die Klägerin zu weit gehe, wenn sie — statt Herausgabe des jetzt in seinem Besitz befindlichen Merian'schen Stiftungsvermögens — Zahlung der 12,000 fl. verlange. Da Beklagter im Testament angewiesen war, die 12,000 fl. sofort nach ihrem Empfang anzulegen, konnte es nicht der Wille des Testators gewesen sein, daß das Vermächtniß bei dessen nach zwei Jahren etwa eintretenden Uebergang an die Klägerin in Geld ausgezahlt und zu diesem Zweck das angelegte Stiftungsvermögen wieder versilbert werde; vielmehr ist anzunehmen, daß Letzteres in diesem Falle der Klägerin einfach ausgefolgt, ihr aber selbstverständlich vorbehalten bleiben sollte, den Beklagten wegen einer etwa durch seine Schuld herbeigeführten Differenz zwischen dem Werth des vorhandenen und dem Betrag des ursprünglichen Vermögens in Anspruch zu nehmen. Die Urtheile der vordern Instanzen bedurften daher in ihrer Fassung einer Modification, wornach die Zahlung der 12,000 fl., soweit sie nicht durch Ausfolgung der in der Casse der Merian'schen Stiftung vorhandenen Gelder geschehen kann, durch Hingabe des angelegten Stiftungsvermögens zu erfolgen hat. Red.

83.

Der Umstand, daß der Verkäufer die verkaufte Waare mit Factura — statt an den Käufer, auf Begehren des Letzteren an einen Dritten sendet, begründet an und für sich die Annahme einer Rechtswandlung, mithin die Befreiung des Käufers von den Verbindlichkeiten aus dem Kaufgeschäfte, nicht.
L.R.S.S. 1273. 1275.

Behufs der Aufrechnung einer Zahlung auf einen von mehreren Schuldposten genügt es an einer hinlänglich klaren, wenn auch nicht ausdrücklichen, Erklärung des Schuldners.
L.R.S. 1253.

In dem Rechtsstreite J. S. des Handlungshauses Tollius Glusencamp in Antwerpen, Klägers, Widerbeklagten, Appellaten, Coappellanten, Oberappellanten gegen Kaufmann Rudolph Traumann zu Mannheim, Beklagten, Widerkläger, Appellanten, Coappellaten, Oberappellaten, Forderung betreffend, kamen die in der Ueberschrift bezeichneten Sätze, insbesondere der erstere derselben, zur Erörterung und wurde hiebei die Prüfung der rechtlichen Natur einer Factur nöthig.

Wir lassen die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe, aus denen sich der Sachverhalt und der Inhalt der Entscheidungen der drei Rechtszüge ergibt, hier folgen:

Beide Theile sind darüber einig, daß Beklagter vom Kläger zu Anfang November 1865 100 Fässer Petroleum demi-blanc und 50 Fässer Petroleum paille-clair, lieferbar in den Monaten Januar, Februar, März 1866 mit je 35 Fässern der erstern und 15 Fässern der letzteren Sorte, um den Preis von 95 Frcs. für 100 Kilogramm zu den gewöhnlichen Antwerpener Bedingungen, nämlich 20 Procent Taravergütung und Zahlung in 20 Tagen vom Datum der Factura mittelst Rimessen auf Paris oder Brüssel, erkaufte, und daß die hiernach im Januar und Februar fälligen beiden Lieferungen in Folge einer dem ursprünglichen Kaufvertrage nachgefolgten Bestimmung, jeweils mit auf 103 Frcs. für 100 Kilogramm als Kaufpreis lautender Factur, statt an Beklagten an J. W. Frey dahier gemacht wurden, während die im März fällige Lieferung, unter Abgehen von jener Bestimmung zu dem ursprünglich festgesetzten Kaufpreise von 95 Frcs. für 100 Kiligramm facturirt, an den Beklagten selbst geschah.

Kläger fordert nun mit der der Beurtheilung unterliegenden Klage an Beklagten den Kaufpreis von 95 Frcs. für 100 Kilogramm, mithin für die Januarlieferung — nach Abzug des Reinerlöses aus auf Weisung des J. W. Frey vom Kläger in Antwerpen verkauften 15 Fässern Petroleum mit 1605 Frcs. 34 Cent. — 4029 Frcs. 59 Cent., für die Februarlieferung 5630 Frcs. 17 Cent. und für die Märzlieferung 5663 Frcs. 90 Cent. mit 6 pCt. Zins von den jeweiligen Verfalltagen, nämlich dem 15. Februar, 18. März und 19. April 1866 an.

Der Klage wurde entgegengehalten, daß, was die Kaufpreise für die Januar- und Februarlieferung angehe, nicht der Beklagte, sondern lediglich J. W. Frey, der bezüglich dieser Lieferungen als Käufer schlechthin an die Stelle des Beklagten getreten sei, hafte, daß Frey dieser Haftungspflicht durch Bezahlung jener Kaufpreise Genüge geleistet habe, daß aber selbst, wenn alles dieses nicht der Fall sein sollte, Kläger durch seine

mangelhafte Betreibung der fraglichen Kaufpreisforderungen dem Beklagten für die dem Preise der Januar- und Februarlieferung entsprechende Summe schadensersatzpflichtig geworden sei, welche Verpflichtung des Klägers sowohl einredend als widerklagend geltend gemacht werde, und daß, was den Kaufpreis für die Märzlieferung anlange, solchen zwar Beklagter schulde, daran aber den Betrag der Differenz zwischen dem Preise, um welchen er gekauft habe, nämlich 95 Frcs. für 100 Kilogramm und dem Preise, um welchen die Januar- und Februarlieferung an Frey abgegeben worden sei, nämlich 103 Frcs. für 100 Kilogramm, also 8 Frcs. für dieses Quantum, im Ganzen 948 Frcs. 77 Cent. abzuziehen befugt sei.

Das Gericht des ersten Rechtszuges erkannte die Einrede der Zahlung für die Summe von 3972 Frcs. 47 Cent. für begründet, verwarf die übrigen Einwendungen sowie die Widerklage und verurtheilte hiernach den Beklagten zur Zahlung von 57 Frcs. 12 Cent. für die Januarlieferung und zur Zahlung der klagend angeforderten Summen für die Februar- und Märzlieferung.

Auf die von beiden Theilen hiegegen ergriffene Appellation wies das Appellationsgericht, von der Ansicht ausgehend, daß Frey bezüglich der Januar- und Februarlieferung schlechthin an die Stelle des Beklagten getreten, dieser aber jeder Haftbarkeit für die aus gedachten Lieferungen erwachsenen Kaufpreise enthoben worden sei — die Klage auf die oben bezeichneten Kaufpreise ab und verurtheilte den Beklagten nur zur Zahlung des Kaufpreises für die Märzlieferung, indem es jedoch das Begehren desselben, hieran die obenbeschriebene Differenz von 948 Frcs. 77 Cent. in Abzug zu bringen, verwarf.

Gegen das appellationsgerichtliche Urtheil ergriff der klagende Theil die Oberberufung.

Seine Beschwerde erscheint, insoweit sie die gänzliche Abweisung der Forderung für die Januar- und Februarlieferung zum Gegenstand hat, als begründet, insoweit sie sich aber gegen die Annahme des Richters des ersten Rechtszuges, daß die von Frey bewirkte Zahlung von 3727 Frcs. 50 Cent. und von 244 Frcs. 97 Cent. als auf die Januarlieferung geschehen zu betrachten sei, richtet, als unbegründet.

Es muß dem Obigen zufolge als feststehend betrachtet werden, daß die beiden jetzt streitenden Theile einen Kauf über die fraglichen Quantitäten Petroleum abschlossen. Am 11. Dezember 1865 schrieb nun Beklagter dem Kläger, er ersuche ihn, die bei ihm gekauften 150 Fässer Petroleum seiner Zeit an J. W. Frey zu senden und solche diesem zu 103 Frcs. zu facturiren, die Differenz von 8 Frcs. aber ihm, dem Beklagten, zu creditiren. Kläger antwortete hierauf unter dem 5. Januar 1866, er werde die an Beklagten verkauften 150 Fässer Petroleum bei der Lieferung an J. W. Frey zu 103 Frcs. facturiren und die Differenz, wenn das Geschäft mit Frey in Ordnung abgewickelt sei, zu des Beklagten Gunsten buchen. Kläger handelte, wie schon im Eingang angeführt wurde, hiernach, indem er die Januar- und Februarlieferung an Frey sendete und facturirte, welch' Letzterer Waare und Factura annahm.

Mit Unrecht hat das Appellationsgericht an diese Vorgänge die rechtliche Folgerung geknüpft, daß Frey als Käufer an die Stelle des Beklagten getreten und dieser vom Kläger aller seiner Verbindlichkeiten aus dem fraglichen Geschäfte enthoben worden sei.

Es sind nämlich im vorliegenden Falle, in welchem an die Stelle des ursprünglichen Schuldners ein neuer Schuldner getreten und damit eine Rechtswandlung (L.R.S. 1271) bewirkt worden sein soll, zweifellos die Grundsätze der L.R.S.S. 1173 und 1275 maaßgebend. Nach ersterem wird eine Rechtswandlung nicht vermuthet, muß vielmehr die Absicht, sie zu bewirken, klar aus dem Geschäft hervorgehen. Nach letzterem bewirkt die Ueberweisung, wodurch ein Schuldner seinem Gläubiger einen andern einwilligenden Schuldner anweiset, keine Rechtswandlung, wenn der Gläubiger nicht ausdrücklich erklärt, daß er den überweisenden Schuldner befreie.

Wenn der Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall beklagter Seits damit begegnet werden will, daß behauptet wird, es habe hier nicht die einfache Ueberweisung einer Schuld, sondern eine Uebertragung (Cession) des gesammten aus dem zwischen Kläger und Beklagten abgeschlossenen Kaufgeschäfte entstandenen Rechtsverhältnisses auf Frey stattgefunden, welches Verhältniß dem Beklagten nicht nur Verbindlichkeiten auferlegt, sondern auch Rechte gewährt habe, es seien aber auf eine derartige Uebertragung die vorhin aufgeführten Grundsätze von der Rechtswandlung nicht anwendbar; so verdient dieses Vorbringen keine Berück-

fichtigung, weil eine einseitige Uebertragung (Cession) von, mit Verbindlichkeiten gemischten Rechten unzulässig ist, für die Erkenntniß des Willens Desjenigen aber, der den gedachten Verbindlichkeiten als Berechtigter gegenüber steht, und durch dessen Zustimmung allein eine Uebertragung von Rechten und Verbindlichkeiten rechtsbeständig wird, nur die mehrerwähnten gesetzlichen Vorschriften über die Rechtswandlung maaßgebend sein können. Sie gelten für alle Fälle, in denen ein neuer Schuldner in die Stelle eines früheren eintritt und es liegt weder in den Gesetzen noch in der Natur der Sache ein Grund dafür vor, daß sie da, wo der Schuldner nicht blos Verbindlichkeiten, sondern auch Rechte hat, nicht anwendbar sein sollten.

Fragt man aber — wie dem bisherigen zufolge geschehen muß — ob die Vorgänge, auf welche das Appellationsgericht entscheidendes Gewicht gelegt hat, geeignet seien, im Sinne der L.R.S.S. 1273. 1275 darzuthun, daß Kläger den Beklagten aller demselben aus dem Kaufgeschäfte obliegenden Verbindlichkeiten enthoben und an dessen Stelle den J. W. Frey als Schuldner angenommen habe, so ist diese Frage zu verneinen.

Sie fassen weder eine ausdrückliche Freigebung des Beklagten in sich, noch lassen sie die Absicht einer Rechtswandlung durch Annahme eines neuen Schuldners an die Stelle des früheren irgendwie klar erkennen.

Mag nämlich auch das Gesetz der Factur in gewissen Beziehungen eine rechtliche Bedeutung einräumen (allg. deutsch. H.G.B. Art. 731. 888), mag sich auch unter Umständen auf die Annahme der die Waare begleitenden Factur die stillschweigende Einwilligung zur Eingehung eines Kaufgeschäftes und der in der Factur festgesetzten Bedingungen gründen lassen (s. L.R.S. 1108 b und den [aufgehobenen] L.R.A.S. 109); so kann doch mit Grund nicht behauptet werden, daß das Absenden von Waare und Factur an eine bestimmte Person und die Annahme der einen und andern Seitens dieser Person in allen Fällen und unumstößlich den Absender und den Annehmenden zu einander in das Verhältniß des Verkäufers und Käufers setze und läßt sich noch viel weniger behaupten, daß der Verkäufer, welcher im Auftrage seines Käufers die Waare an einen Dritten sendet und an diesen facturirt, unter Aufgeben seines Vertragsverhältnisses zu jenem ursprünglichen Käufer — lediglich den Dritten als Käufer annehme. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch spricht sich über diese Frage, welche Bedeutung der Factur und der Annahme desselben bezüglich des Abschlusses von Kaufgeschäften zukomme, in keiner Weise aus, überläßt vielmehr offenbar die Würdigung dieser Frage dem durch die gesetzlichen Bestimmungen über stillschweigende Einwilligung geleiteten richterlichen Ermessen (vergl. Endemann Handelsrecht S. 505.) Zieht man aber diese Bestimmungen (L.R.S.S. 1108a u. ff.) in Betracht und berücksichtigt man insbesondere den handelsmännischen Begriff der Factur, so gelangt man immerhin nicht zu dem Ergebnisse einer in der vom Kläger auf J. W. Frey geschehenen Facturirung liegenden Freigebung des Beklagten, da Kläger in dem Ersuchen des Beklagten, welcher aus der Uebertragung der an ihn verkauften Waare an J. W. Frey Gewinn zu ziehen hoffte, Grund genug finden mochte, die Factura, statt an den Beklagten, unmittelbar an J. W. Frey zu richten, ohne dabei eine Enthebung des Beklagten von seinen Verpflichtungen aus dem Kaufe im Sinne zu führen. Kläger konnte in dem Wunsche des Beklagten, daß unmittelbar facturirt werde, recht wohl eine Anweisung erblicken, die ihm vom Beklagten geschuldeten 95 Frcs. für 100 Kilogramm bei Frey für sich und, um sich daraus bezahlt zu machen, zu erheben, die Differenz bis zu 103 Frcs. mit 8 Frcs. für 100 Kilogramm aber für den Beklagten einzuziehen. Dafür daß es keineswegs die Absicht des Klägers war, den Beklagten schlechthin und endgiltig aus dem Verbindlichkeitsverhältnisse zu entlassen, spricht mit Entschiedenheit die Stelle in dem klägerischen Briefe vom 5. Januar 1866, wonach Kläger zwar auf Frey zu 103 Frcs. zu facturiren zusagt, sich aber vorbehält, die Differenz erst, wenn das Geschäft mit Frey in Ordnung abgewickelt sei, zu Gunsten des Beklagten zu buchen.

Die Anschauung, daß Beklagter stets als Käufer betrachtet worden sei, welcher seinerseits wieder die Waare an Frey übertragen habe, findet auch in folgenden Umständen erhebliche Unterstützung. Die Schlußnote J. Mostart's jun., welcher anerkanntermaaßen die fraglichen Geschäfte vermittelte, vom 29. November 1865 besagt, daß Beklagter das fragliche Oel an Frey zu liefern habe. Der Brief desselben Mostart an Kläger vom 7. Dezember 1865 will das Ansuchen um „directes Facturiren" auf Frey durch Berufung auf die ähnliche Geschäftsübung anderer Antwerpener Handelshäuser gewissermaaßen rechtfertigen, während es einer solchen Rechtfertigung sicherlich nicht bedurft hätte, wenn in Folge ei-

ner gänzlichen Aufhebung des mit dem Beklagten eingegangenen Geschäfts Frey als Käufer dem Kläger unmittelbar gegenüber gestanden hätte. In Verbindung mit gedachter Rechtfertigung spricht Mostart die Ansicht aus, „der Verkäufer (Traumann) bleibe dem Kläger responsabel.“ Unter dem 19. Dezember 1865 schrieb Frey dem Kläger, er habe vom Beklagten 150 Fässer Petroleum zu 103 Frcs. per Januar bis März, jeden Monat ein gleiches Quantum lieferbar, vom Kläger zu empfangen,“ woraus sich trotzdem, daß die fragliche Redeweise als ungeordnet betrachtet werden muß, entnehmen läßt, daß Frey das ihm eigentlich vom Beklagten zu Liefernde durch Kläger empfangen zu sollen glaubte. Das Schreiben des Beklagten vom 7. Februar 1866 fragt bei Kläger an, „warum die Abrechnung über die von ihm, Kläger, gekaufte und an J. W. Frey wiederverkaufte Partie Petroleum so lange auf sich warten lasse.“ Es scheint diese Wortfügung darauf zu deuten, daß nach Ansicht des Beklagten selbst das durch ihn bei Kläger gekaufte Petroleum von ihm (dem Beklagten) an Frey weiter verkauft worden sei. Endlich kommt hier noch in Betracht, daß Beklagter, offenbar in Folge der im März 1866 eingetretenen schlimmen Vermögenslage des Frey, die Märzlieferung sofort wieder an sich zog.

Dem Bisherigen gegenüber kann man sich mit Erfolg weder darauf beziehen, daß Kläger durch seine im Briefe an Frey vom 26. Januar 1866 ausgesprochene Weigerung, einen Theil der Januarlieferung statt auf Frey auf das Handlungshaus Herrschel und Engelsmann dahier zu facturiren, zu erkennen gegeben habe, daß er in Folge seines directen Facturirens auf Ersteren diesen statt des Beklagten als Käufer angenommen habe, noch darauf, daß Beklagter im Briefe vom 12. Februar 1866, also noch vor Absendung der Februarlieferung an Frey, dem Kläger auf das Entschiedenste erklärt habe, daß er laut Abrede mit Mostart für Frey in keiner Weise hafte. Die im Schreiben vom 26. Januar 1866 kundgegebene Weigerung konnte möglicherweise auf ganz andern Gründen beruhen, als auf der Anschauung, daß Kläger durch directes Facturiren auf Herrschel und Engelsmann diese statt des Frey als Schuldner annehme. Der Brief vom 12. Februar 1866 fällt nicht in die Zeit der Entstehung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses, rührt vielmehr aus einer Zeit her, in welcher die jetzt dem Richter vorliegende Frage der Haftbarkeit des Beklagten schon streitig war und enthält daher nur eine einseitige Meinungsäußerung des Beklagten, welcher gegenüber der Kläger keineswegs schwieg, sondern im Gegentheil seinen Standpunkt nachdrücklich wahrte, indem er die dem Beklagten mit Schreiben vom 22. Febr. 1866 übersendete Abrechnung über die Differenz von 8 Frcs. für 100 Kilogramm mit den Worten einleitete „Abrechnung für Herrn Rudolph Traumann jun. in Mannheim über an ihn verkaufte und für seine Rechnung und Risico auf Namen des Herrn J. W. Frey dorten überschriebene 15 Faß“ u. s. w. und indem er in dem eben gedachten Schreiben ebenfalls die Waare als von dem Beklagten verkauft bezeichnete und dasselbe mit der Bemerkung schließt, daß er „sobald ihm Frey vollständig Deckung übermacht haben werde, dem Beklagten hievon Mittheilung machen und den Betrag der Differenz zu dessen Verfügung stellen werde.“ Anzuführen ist auch noch, daß Kläger alsbald, nachdem ihm das mehrerwähnte Schreiben des Beklagten vom 12. Februar 1866 zugekommen war, nämlich unter dem 15. Februar 1866 in einem an Mostart gerichteten Briefe darlegte, daß er niemals den Beklagten der Eigenschaft als Käufer entbunden, auch niemals zu solcher Entbindung eine Ermächtigung ertheilt habe.

Stellen sich der bisherigen Ausführung die Gründe, auf welche das Appellationsgericht die Abweisung der Klage stützte, nicht als zureichend dar, so fragt sich, ob nicht andere, vom beklagten Theile vorgebrachte Gründe ihm zum Siege zu verhelfen geeignet seien.

Es gehört hieher zunächst die Behauptung, daß Beklagter das bei Kläger gekaufte Petroleum am 29. November 1865 durch Vermittlung des als Gewalthaber Klägers aufgetretenen J. Mostart jun. an Kläger zurückverkauft, Mostart aber in gedachter Eigenschaft Namens des Klägers dasselbe Petroleum sodann wieder an Frey verkauft habe. Ihr konnte indessen eine rechtliche Folge nicht gegeben werden, weil sie sich mit dem Inhalte der nach dem 29. November 1865 (im Dezember 1865 und im Januar 1866) unter den streitenden Theilen unmittelbar geführten Correspondenz, wie diese sowohl dem Wortlaute der betreffenden Schreiben, als den zu deren Aufklärung dienenden oben dargelegten Umständen nach aufzufassen ist, nicht vereinigen läßt. Unter Verweisung auf die obige Ausführung über die Bedeutung dieser Correspondenz soll hier nur noch hervorgehoben werden, daß, wenn Beklagter dem Kläger das Petroleum einfach zurückverkauft hätte, das im Schreiben

des Ersteren vom 11. Dezember 1865 gestellte Ersuchen, die Waare dem Frey zu senden und zu facturiren eben sowenig am Platze gewesen wäre, als der Vorbehalt Klägers im Briefe vom 5. Januar 1866, die Differenz von 95 Frcs. bis zu 103 Frcs. erst dann zu Gunsten des Beklagten zu buchen, wenn das Geschäft mit Frey in Ordnung abgewickelt sein werde. Es würde dann die blose Bestätigung des Rückverkaufs genügt haben. Beklagter hätte keine Veranlassung gehabt, die Uebersendung der Waare an Frey zu betreiben. Den Rückkaufspreis, der in dem ersten Rechtszuge zu 103 Frcs. angegeben wurde, den aber der Anwalt des Beklagten in der diesseitigen mündlichen Verhandlung nach dem Tagespreise, dessen Betrag er indessen nicht bezeichnete, bemessen wollte, hätte Kläger sofort an den Verfalltagen (15. Februar, 18. März 1866) geschuldet, ohne daß auf den Zeitpunkt der Abwicklung des Geschäfts mit Frey irgend eine Rücksicht zu nehmen gewesen wäre.

Wenn man beklagter Seits geltend macht, jedenfalls habe Kläger die Kaufspreisforderung, bezüglich deren er vom Beklagten an Frey angewiesen worden sei, im Sinne des L.R.S. 2010h sich zu eigen gemacht, und habe daher keinen Rückgriff auf den Beklagten mehr, so ist auch dieses Vorbringen ohne Bedeutung, da es an einer Handlung, vermittelst welcher sich Kläger jene Forderung zu eigen gemacht hätte, gebricht. Eine ausdrückliche Fristgestattung, wie sie der gedachte L.R.Satz unterstellt (oberhofg. Jahrb. n. F. XIII. S. 453), konnte nicht behauptet werden. Aus der Belastung des Frey in den kläger'schen Handelsbüchern kann offenbar nicht abgeleitet werden, daß Kläger sich die Forderung zu eigen machte und damit seinen Rückgriff auf den Beklagten aufgab. Es ist der Eintrag einer Person als Schuldner in die Handelsbücher sicherlich keine Verfügung über die Forderung, wie sie der L.R.S. 2010h voraussetzt. Die durch Kläger auf Frey's Anordnung bewirkte Verladung eines Theiles der Jannuarlieferung an Herrschel und Engelsmann und der gleichfalls vom Kläger auf Weisung und Rechnung Frey's zu Antwerpen vorgenommene Verkauf eines andern Theils dieser Lieferung enthalten gar keine Verfügung über die fragliche Forderung und können schon deßhalb hier nicht in Betracht kommen.

Wenn daraus, daß sich Kläger dem Frey gegenüber in der Betreibung der Forderung säumig gezeigt, und daß er den Beklagten von dem Nichteingehen derselben nicht in Zeiten in Kenntniß gesetzt habe, eine Entschädigungsforderung abgeleitet und einredend geltend gemacht wird (insofern sie widerklagend verfolgt wird, ist sie, da Beklagter nicht oberappellirt hat, nicht Gegenstand diesseitiger Beurtheilung); so ist diesem Vorbringen, abgesehen davon, daß es der behaupteten Säumniß an der genügenden thatsächlichen Begründung gebricht (die Correspondenz ergibt vielmehr stete Mahnungen Klägers an Frey), entgegen zu halten, daß, wie sich unten zeigen wird, die Januarlieferung mit Ausnahme eines Betrages von 57 Frcs. 12 Cent. für bezahlt zu erachten ist, die Februarlieferung aber erst am 18. März 1866, also zu einer Zeit, zu welcher Frey entweder bereits zahlungsunfähig war, oder die doch seinem Zahlungsunvermögen ganz kurz voranging, fällig wurde.

Die Berufung darauf, daß das Contocorrentverhältniß, in welchem Kläger zu Frey stehe, nur die Einklagung eines dem letzteren zu Lasten kommenden Saldo, nicht aber die besondere Verfolgung der hier in Frage stehenden, in den Contocorrent aufgenommenen, Forderung als zulässig erscheinen lasse, ist hier ohne alle Erheblichkeit, weil der Aufnahme einer Forderung in einem Contocorrent unmöglich die Wirkung beigelegt werden kann, daß dadurch auch der für die Forderung haftbare Dritte befreit werde. Das Contocorrentverhältniß berührt das Verhältniß des Gläubigers zu diesem Dritten nicht. L.R.S.S. 1273. 1275.

Was endlich die Einrede der Zahlung anlangt, so erscheint dieselbe, soweit sie dermalen noch in Frage steht, nämlich hinsichtlich der Posten von 3727 Frcs. 50 Cent. und von 244 Frcs. 97 Cent. als begründet und deßhalb, wie schon oben zu Eingang bemerkt wurde, die Oberappellation, soweit sie diese Einrede bekämpft, als unbegründet. Was nämlich den ersterwähnten Posten angeht, so hat Frey bei dessen Abtragnung zu erkennen gegeben, daß er ihn auf die durch die Januarlieferung erwachsene Schuld aufgerechnet wissen wolle, was nach L.R.S. 1253 genügt, um diese Aufrechnung zu begründen. Während Frey nämlich im Schreiben vom 11. Februar 1866 gesagt hatte, Herrschel und Engelsmann — dieselben, welche 35 Fässer von der Januarlieferung erhielten — würden 3723 Frcs. 75 Cent. per 15. Februar, dem Verfalltag der Schuld für jene Lieferung, remittiren, erklärte er im Schreiben vom 16. Februar 1866, daß er „anstatt der angekündigten Rimessen von Herrschel und Engelsmann“ ein Paket mit 186 Napoleonsd'or und

8½ Frcs. zusammen 3728 Frcs. 50 Cent. baar sende (1 Frcs. war hievon für Porto abzuziehen). Wäre aber auch die eben besprochene Willensäußerung nicht erfolgt, so müßte auch nach den Bestimmungen der L.R.S.S. 1256. 1256a die Aufrechnug der fraglichen Zahlung auf die Schuld aus der Jannarlieferung erfolgen, weil diese Schuld nicht allein auf Frey lastete, sondern auch durch die Haftbarkeit des Beklagten gedeckt war, mithin im Vergleiche zu den von Frey an Kläger geschuldeten weiteren Posten als die wichtigere Schuld im Sinne gedachter Gesetzesstellen erschien. Dieses Verhältniß begründet auch die Aufrechnung des Posten von 244 Frcs. 97 Cent. auf besagte Schuld.

Dem Bisherigen zufolge war das appellationsgerichtliche Urtheil aufzuheben, und das des erstern Rechtszuges wieder herzustellen. Der Umstand, daß inhaltlich der Appellationsbeschwerdeschrift und der Erklärungen der Anwälte bei der diesseitigen mündlichen Verhandlung der Kaufpreis der Märzlieferung (Ziffer 1. Buchstabe c. des Urtheils des ersten Rechtszuges) nach dem appellationsgerichtlichen Urtheil vom Beklagten bezahlt worden war, ließ es als nöthig erscheinen, der Wiederherstellung eine hierauf bezügliche Beschränkung beizufügen.

Aus diesen Gründen, sowie nach Ansicht der Pr.O. §§. 170. 172, wegen der Kosten mußte, wie geschehen, erkannt werden. Roßhirt.

84.

Wenn von mehreren, nach §. 478 des Str.G.B. als fortgesetztes Verbrechen zu ahndenden Entwendungen nur für einzelne Ersatz geleistet ist, so bildet dieser keinen, in §. 395 des Str.G.B. dem vollen Ersatze gewährten, Milderungsgrund.

J. A.S.
gegen
Leander Mühl von Todtnauberg,
wegen Diebstahls,

hatte die großh. Staatsanwaltschaft in Ausübung des ihr im §. 375 Ziff. 2 der St.P.O. eingeräumten Rechts zu Gunsten des Angeklagten die Nichtigkeitsbeschwerde dagegen ausgeführt, daß die Strafkammer den Ersatz eines der, von diesem bei Martin Büche entwendeten Geldbeträge nicht nach §. 395 des St.G.B. als Milderungsgrund habe gelten lassen; diese Beschwerde wurde aber als nicht begründet durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 16. Mai 1868 aus folgenden Gründen verworfen:

Die Bestimmung im §. 478 des Str.G.B., daß bei dem gemeinen ersten Diebstahl und einigen gleichartigen Verbrechen die Strafe für mehrfache, unter sich zusammentreffende erste Uebertretungen nach dem, durch Zusammenrechnung zu findenden, Gesammtbetrag aller einzelnen Diebstähle bemessen — und die hiermit zusammenhängende Vorschrift in §. 479 des Str.G.B., daß jene Mehrheit von Uebertretungen als fortgesetztes Verbrechen bestraft werden soll, bildet eine zu Gunsten solcher Verbrecher gereichende Ausnahme von der Vorschrift des §. 170 ff. des St.G.B. Kraft jener Bestimmungen und des §. 181 des St.G.B. sind die genannten Straffälle — obwohl ihrem innern Wesen nach hievon allerdings verschieden — doch der auf Einheit des Entschlusses beruhenden mehrfachen Uebertretung, welche nach §. 180 daselbst als ein (einziges) fortgesetztes Verbrechen zu bestrafen ist, gesetzlich gleichgestellt. Da hiernach die Beträge der einzelnen Uebertretungen — gleich als ob solche nur ein einziges Verbrechen bildeten — zusammengerechnet werden sollen, so kann der, dem Gesammtbetrage nicht gleichkommende Ersatz bezüglich einer einzelnen Entwendung nicht als ein voller Ersatz im Sinne des Gesetzes (§. 395 des St.G.B.) angesehen werden. Wollte man dagegen hiebei die einzelnen Uebertretungen für sich in's Auge fassen, so würde nicht nach der Vorschrift des §. 478 des Str.G.B., sondern nach den in §. 170 ff. des Str.G.B. für die reale Concurrenz vorgeschriebenen Grundsätzen verfahren werden. Dies erscheint um so weniger zulässig, als sonst derjenige, der mehrere bei der Bestrafung zusammentreffende Diebstähle verübt hat, also an sich strafbarer ist, unter Umständen mit milderer Strafe zu belegen sein würde, als derjenige, der nur einen Diebstahl in gleichem Betrage verübt, diesen aber nur theilweise ersetzt hätte.

Wenn endlich der §. 478 des Str.G.B. bezüglich der Straferhöhungsgründe auf §. 170 ff. zurückweist, so läßt sich aus dieser, nach dem Geiste des Gesetzes auf ihren Gegenstand zu beschränkenden, Vorschrift bei der Verschiedenheit der Verhältnisse nicht folgern, daß bezüglich der Milderungsgründe dasselbe Verfahren eingehalten werden solle.

Die Beschwerde mußte hiernach als unbegründet verworfen werden. Red.

85.
Zur Fortsetzung der Verbrechen.

Siehe Annalen Band 33 S. 369 ff.

Durch §§. 180 und 181 des St.G.B. ist für die darunter gehörigen Fälle hinsichtlich der Strafausmessung dreierlei bestimmt. Negativ zweierlei: 1) sind die für die reale Concurrenz gegebenen Vorschriften, also der ganze Inhalt der §§. 170 bis mit 179 des St.G.B., als für die fortgesetzten Verbrechen (eigentliche und uneigentliche) nicht geltend erklärt; 2) ist ausgeschlossen, daß die Strafen der mehreren Fortsetzungen für jede Uebertretung einzeln bestimmt, und dann einfach zusammengezählt werden.

Sodann ist durch §§. 180 u. 181 des St.G.B. positiv festgesetzt, daß alle Fortsetzungen als eine That, als gleichzeitig verübt, bestraft werden sollen.

Hiernach wird also die Fortsetzung ungünstiger behandelt als die reale und folgeweise auch als die ideale Concurrenz*), dagegen immerhin noch günstiger, als wenn blos eine Zusammenzählung der Strafen aller einzelnen Uebertretungen stattfände, in welch letzterem Falle, z. B. bei fortgesetztem gemeinem Diebstahl im Gesammtbetrage von 300 fl. leicht eine Strafe herauskommen könnte, welche das höchste Maaß der Strafe eines einzigen Diebstahls von 300 fl. übersteigen würde.

Alles dies wird für keinen Zweifel Raum lassen, wenn sämmtliche Fortsetzungen Gegenstand desselben Urtheils sind. Ist aber ein Theil der Fortsetzungen bereits abgeurtheilt — zur Zeit da andere abgeurtheilt werden, so fragt es sich, ob und wie weit jetzt noch §. 180 und 181 des St.G.B. eingehalten werden können. Wenn man jedoch ihren oben bezeichneten Inhalt mit dem Satze: ne bis in idem in Einklang bringt, so werden alle möglichen Fälle ihre richtige Entscheidung finden.

Liegt ein inländisches Urtheil über einen Theil der Fortsetzungen bei Aburtheilung eines anderen Theils vor, so folgt aus dem unter 1) Bemerkten, daß vor Allem §. 179 des St.G.B., als blos die reale Concurrenz betreffend, außer Spiel bleiben muß. Denn, würde §. 179 des St.G.B. angewendet, so würden die Uebertretungen nicht mehr als Fortsetzungen behandelt, was doch, so weit möglich, geschehen soll, sondern als Fall realer Concurrenz, die aber eben nicht vorliegt. Nur muß man dabei nicht verkennen, daß der Abzuurtheilende nach §. 179 des St.G.B. günstiger wegkäme, als nach §. 180 des St.G.B., daß er also mehr Strafe bekommen muß, als wenn §. 179 des St.G.B. maaßgebend wäre.

*) Die Begründung dieses Schlusses fehlt! Red.

Unstatthaft wäre es aber auch, wenn, wie jüngst beim Kreisgericht Waldshut geschah, der spätere Richter die Strafe für sämmtliche Fortsetzungen, die bereits früher abgeurtheilten und die jetzt zur Aburtheilung vorliegenden, bestimmen, und dann daran die bereits früher zuerkannten Strafen in Abzug bringen wollte. Denn von einem solchen Verfahren ist nirgends im Gesetz die Rede, und es stünde auch in grellem Widerspruch mit der Regel: ne bis in idem. Wie viel Strafe der Angeklagte für die bereits abgeurtheilten Fortsetzungen verdient hat, darf der spätere Richter gewiß nicht mehr prüfen; er könnte ja leicht zu einem vom früheren Urtheil abweichenden Ergebniß gelangen, und dann entstünde ein Urtheil ohne vorheriges gesetzliches Verfahren vor dem urtheilenden Gerichte.

Das frühere Urtheil muß deßhalb als richtig gelten, und die neue Aburtheilung darf sich blos auf die noch nicht abgeurtheilten Fortsetzungen erstrecken, so daß also die Strafe für die jetzt allein abzuurtheilenden Fortsetzungen gemäß §. 180 des St.G.B. zu bestimmen ist, allerdings aber mit einer bei der Strafausmessung zu nehmenden Rücksicht auf die vorhandene intensive Verschärfung des Strafübels durch das Zusammentreffen mehrerer Freiheitsstrafen.

Einfach ignoriren kann man das frühere Urtheil nicht, sonst wäre die jetzige Uebertretung nicht mehr als Theil eines Ganzen behandelt, dessen anderer Theil der Gegenstand des früheren Urtheils ist. Wenn die jetzige Uebertretung höchst unbedeutend ist, im Vergleich mit der sehr großen früheren, so daß der frühere Richter, auch wenn er die jetzige Uebertretung schon abzuurtheilen gehabt hätte, keine höhere als die ursprüngliche Strafe erkannt haben würde, oder hätte erkennen sollen, so muß von Erkennung weiterer Strafe Umgang genommen werden. Ebenso wenn der Zusatz in der früheren höheren Strafart nicht mehr vollziehbar wäre.

Siehe auch Annalen 33 S. 375 Anm. 6.

Der neuere Richter ist nämlich jedenfalls nicht an die frühere Strafart gebunden. Betrug z. B. der früher abgeurtheilte dritte Diebstahl unter 25 fl., und ist blos mit Arbeitshaus bestraft worden, und beträgt dann die

jetzige Fortsetzung 300 fl., so muß vom neueren Richter Zuchthausstrafe erkannt werden, und gemäß §. 165 des St.G.B. hat Strafverwandlung einzutreten. *)

Dies stimmt mit der Behandlung aller Fortsetzungen als eines Ganzen überein, und mehr als das Obige fordert die Einheit des Ganzen nicht.

Liegt ein früheres ausländisches Urtheil vor, so fällt natürlich die Strafverwandlung weg.

Siehe Annalen 33 S. 326.

Im Uebrigen bleibt aber die Sachlage die gleiche, wie wenn nur ein inländisches Urtheil über einen Theil der Fortsetzungen ergangen ist, oder wie wenn beiderlei Urtheile vorhanden sind. Nur ist bei einem ausländischen Urtheil, namentlich z. B. über einen Nichtbadener wegen eines im Ausland verübten Verbrechens, noch deutlicher, daß der spätere badische Richter nicht nochmals zu prüfen hat, welche Strafe das ausländische Gericht hätte erkennen sollen, eine Prüfung, die aber das Kreisgericht Waldshut unlängst doch hat eintreten lassen.

Adolf Baumstark.

86.

Zur thatsächlichen Begründung einer auf Empfehlung gestützten Klage gehört die Darlegung des Causalzusammenhangs zwischen der Empfehlung und der in Folge derselben vorgenommenen beschädigenden Handlung.

L.R.S. 1381 aa. ab.

Kläger forderte vom dem Beklagten die Zahlung von 244 fl., und stützte dieses Begehren auf die Behauptung, daß ihm der Letztere im Dezember 1866 die Vermögensverhältnisse des Kaufmanns M. als günstig geschildert und diesen selbst zur Crediteröffnung empfohlen habe, daß Kläger in Folge dessen dem Kaufmann M. Waaren im Preis von 244 fl. auf Credit verkauft habe, daß der Kaufschilling aber nicht beigebracht werden könne, weil M. kein zugreifbares Vermögen besitze und auch, wie sich inzwischen herausgestellt, zur Zeit der Empfehlung kein solches besessen habe. —

Durch Urtheil der I. Civilkammer des Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe vom 27. Januar 1868 wurde die Klage abgewiesen. Die

Entscheidungsgründe,

soweit sie hierher gehören, lauten:

„Die Klage ist, soweit sie auf Empfehlung gestützt wird, nicht begründet. Die Grundlage der in den L.R.S. 1381 aa. und folgende normirten Haftpflicht ist keine andere, als die unrechte That dessen, der widerrechtlicherweise empfiehlt. Ebendeßhalb gehört es zu den wesentlichen Voraussetzungen einer solchen Klage, daß die Vornahme der beschädigenden Handlung als die unmittelbare und natürliche Folge der Empfehlung erscheint (L.R.S. 1382a. 1382e. 1151). Und es muß bei Beurtheilung der Frage, ob diese Voraussetzung vorhanden ist, strenge genommen werden. Denn es handelt sich hier um eine Ersatzpflicht aus einer Handlung, die nicht „„ein an sich verbotenes Unternehmen““ ist (L.R.S. 1382 a), und jede zuweitgehende Ausdehnung dieser Entschädigungsforderungen wirkt hemmend auf die Verkehrsverhältnisse zurück.

Unterstellt man, daß die Empfehlung im Dezember 1866 in der vom Kläger behaupteten Weise stattfand, so kann nach der Sachlage nicht angenommen werden, daß der Credit, den Kläger dem M. gewährte, eine Folge dieser Empfehlung war. Zunächst ist es an sich unwahrscheinlich, daß sich Kläger durch mündlich abgegebene Empfehlungen habe bestimmen lassen; es entspricht dies den im Geschäftsleben üblichen Regeln nicht, nach welchen derartige Auskunftsertheilungen, sofern sie einen anderen Charakter als den — gesprächsweiser — Meinungsäußerungen haben sollen, schriftlich gegeben zu werden pflegen, wie denn auch Brauer nach den Eingangsworten seiner Erläuterungen zu L.R.S. 1381 aa. und ab. schriftliche Empfehlungen im Auge gehabt zu haben scheint. Hiezu kommt, daß Kläger, als M. am 17. Dezember 1866 seinen Credit wiederholt in Anspruch nehmen wollte, ausdrücklich die Stellung eines Bürgen verlangte, und daß er sich, als M. in Folge dessen wieder mit dem Beklagten kam, mit der von dem Letzteren angeblich abgegebenen zweiten Empfehlung nicht begnügte, vielmehr die auf der Factur vom 27. Dezember 1866 beigesetzte, den Betrag von 313 fl. umfassende, Verbürgung Seitens des Beklagten bestellen ließ.

Bringt man hiemit in Verbindung, daß Kläger den M. am 20. April 1867 auf Zahlung des nicht ver-

*) Es ist daher unrichtig, wenn Puchelt in Bemerk. 3 zu §. 165 des St.G.B. diesen Paragraph bei fortgesetzten Verbrechen für durchaus unanwendbar erklärt, während allerdings seine Anwendung bei fortgesetzten Verbrechen nie auf den Grund der §§. 172 und 179 des St.G.B. erfolgen kann, vergl. Puchelt Bemerk. 3 zu § 179 des St.G.B. Der Eins.

bürgten Betrages von 244 fl. und am 25. April 1867 auf Zahlung des Restbetrages der verbürgten Schuld, den Beklagten aber am 19./25. April 1867 nur auf Zahlung des letzteren Restbetrages belangte, so wird die Annahme gerechtfertigt erscheinen, daß die Crediteröffnung nicht im Kausalnexus mit den Empfehlungen stand, und daß sich die Haftpflicht des Beklagten auf die Summe beschränkt, bezüglich deren er die Bürgschaft übernahm."

Dr. Gebhard.

87.

Ein geschlossenes Hofgut ist gesetzlich untheilbar. So lange der Ehegatte, welcher dasselbe in die Ehe eingebracht hat, noch lebt, kann die Vererbung eines geschlossenen Hofguts nicht eintreten. Der Verzicht des Vortheilserben nimmt dem Gute die Eigenschaft der Vererbung nach Vortheilsrecht nicht.

In Sachen

der Franziska Heitzmann, geb. Halter und Genossen von Unterharmersbach, Kläger, Appellanten, Oberappellaten, Cooberappellanten

gegen

Anton Halter von Oberentersbach und dessen Kinder zweiter Ehe, Beklagte, Appellaten, Oberappellanten, Cooberappellaten,

Theilung betreffend.

Die erhobene Theilungsklage beschränkte sich darauf, die Theilung des vorhandenen Hofguts herbeizuführen, indem die Kläger die Theilung dieses Hofguts mittelst öffentlicher Versteigerung und Theilung des Erlöses begehrt haben.

Es ist unter den Parteien unbestritten, daß das fragliche Hofgut ein geschlossenes, somit gesetzlich untheilbares ist, welches nach bestehender Ortssitte nach Vorzugsrecht vererbt wird.

Die Civilkammer II. des großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg hatte am 16. Januar 1867, No. 260, die Kläger unter Verfällung in die Kosten des Verfahrens mit der erhobenen Klage abgewiesen.

Gegen das theils bestätigende, theils abändernde Urtheil des Appellationssenats desselben Gerichtshofs vom 22. Oktober 1867, No. 4460, des Inhalts:

„Anton Halter sei verpflichtet, die Gemeinschaft auf Ableben seiner ersten Ehefrau, Pauline geb. Späth, nämlich das auf der Gemarkung Oberentersbach gelegene Hofgut, bestehend rc. — mit den Klägern in der Art zu theilen, daß dieses Hofgut durch öffentliche Versteigerung auf einen theilbaren Werth gebracht und der Erlös zur Hälfte den Klägern, zur Hälfte dem Anton Halter zugeschieden werde rc.,

ergriffen beide Theile die Oberappellation. Von großh. Oberhofgericht wurde sodann am 14. Mai 1868 das Urtheil des Appellationssenats des großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg vom 22. Oktober 1867 aufgehoben und dasjenige der Civilkammer desselben Gerichtshofes vom 16. Januar 1867, unter Verfällung der Kläger in die Kosten auch der zweiten und dritten Instanz, wiederhergestellt.

Entscheidungsgründe:

Bezüglich geschlossener Güter sind die allgemeinen landrechtlichen Bestimmungen über Theilungen nur insoweit anwendbar, als hinsichtlich ihrer nicht besondere gesetzliche Vorschriften gegeben sind.

Nun bestimmen aber in dieser Beziehung L.R.S. 827a und §. 5 des Gesetzes vom 23. März 1808 über den Vorzug am untheilbaren liegenschaftlichen Erbe, daß bei allen derartigen geschlossenen Hofgütern, auf denen die sog. Vortheilsgerechtigkeit ruht, diese nicht durch Versteigerung auf einen theilbaren Werth gebracht werden dürfen, daß sie vielmehr bei einer vorkommenden Vererbung dem Vortheilsberechtigten um einen kindlichen Anschlag überlassen werden müssen; und der Zweck dieser Bestimmung ist unzweifelhaft kein anderer, als daß das Gut möglichst der Familie erhalten, und daher nach der für diese Güter durch das Gesetz bestimmten Erbfolge auf den durch dasselbe berufenen Vortheilserben im Stück vererbt werde.

Von einer Vererbung des Guts nach Vortheilsrecht kann aber erst alsdann die Rede sein, wenn derjenige, von welchem das Eigenthum am untheilbaren Gute herrührt, und dem also nach §. 10 des alleg. Ges. die Dispositionsbefugniß über dasselbe zusteht, gestorben und damit seine Erbschaft eröffnet ist; es sei denn, daß derselbe schon bei seinen Lebzeiten nach Maaßgabe des §. 18 ibid. freiwillig das Gut an den betreffenden Erben übergeben wollte.

Es ist aber unbestrittenermaaßen Anton Halter ursprünglich Eigenthümer des Hofgutes gewesen, und er hat es in die mit seiner ersten Ehefrau verabredete allgemeine Gütergemeinschaft eingebracht; er war somit nach §. 10 cit. um so mehr der Dispositionsberechtigte, als er seine erste Ehefrau überlebt hat, und er kann daher auch bei seinen Lebzeiten nicht beerbt, und beziehungsweise nicht gegen seinen Willen von dem Hofgute vertrieben oder genöthigt werden, dasselbe zum Zwecke der Theilung herauszugeben.

Anton Halter hatte demgemäß auch in dem mit seiner zweiten Ehefrau abgeschlossenen Ehevertrag seiner Tochter erster Ehe die Vortheilsgerechtigkeit auf das Hofgut vorbehalten; allein hierdurch hatte diese lediglich nur ein dereinstiges Anrecht auf dieses Gut erworben, das erst durch den Tod ihres Vaters zur Wirksamkeit gelangen konnte.

Dadurch aber, daß diese ersteheliche Tochter später im Jahre 1865 dieses Anrecht wieder an ihren Vater zurückverkauft, dasselbe also aufgegeben hat, ist die auf dem Gute ruhende Vortheilsgerechtigkeit nicht schlechthin erloschen, sondern es lebte hierdurch lediglich wieder die Dispositionsbefugniß des Anton Halter auf, und in soferne er von derselben vor seinem Ableben keinen Gebrauch macht, erwächst seinen Erben das Recht, den Vorzugserben unter sich zu bestimmen. §§. 10 und 14 sq. ibid.

In diesem Sinne wurde auch das Rechtsverhältniß bezüglich dieses Hofgutes bei verschiedenen Rechtsgeschäften von sämmtlichen Interessenten aufgefaßt, und deßhalb auch Anton Halter bisher fortwährend im Besitz und Genuß des Hofgutes belassen.

In dem Ehevertrag vom 6. April 1816, welchen Anton Halter mit seiner ersten Ehefrau Pauline Späth eingegangen, hat er für den Fall seines Vorabsterbens seiner Frau das lebenslängliche Fortbausungsrecht auf dem Hofgut, und die Befugniß, einen zweiten Mann auf dasselbe zu nehmen und diesem ein billiges Leibgeding zu verschreiben, vorbehalten. Es ist nun aber ganz selbstverständlich, daß nach der Absicht der Contrahenten auch dem Anton Halter, da er ja das Hofgut in die Ehe eingebracht hatte, das gleiche Recht für den Fall des Vorabsterbens seiner Frau für sich vorbehalten bleiben sollte.

Ebenso ist aber auch die Intention sämmtlicher Interessenten, und namentlich auch des Pflegers des damals noch minderjährigen Kindes erster Ehe, der Klägerin Franziska Heitzmann, den Vater Anton Halter für seine Lebenszeit auf dem Hofgut fortbausen zu lassen und somit eine Realtheilung erst nach dessen Ableben vorzunehmen, ganz unzweideutig in der auf den Tod der dritten Ehefrau desselben im Jahre 1832 vorgenommenen fürsorglichen Erbtheilung, durch welche im Einverständniß aller Interessenten jene vom J. 1825 wieder abgeändert worden ist, ausgesprochen.

Endlich hat die Franziska Heitzmann in ihrem unter Mitwirkung ihres Vaters Anton Halter mit Jakob Armbruster am 28. Juli 1838 abgeschlossenen Ehevertrag ihrem Vater gegenüber selbst anerkannt, daß diesem das lebenslängliche Benützungsrecht an dem mit ihrer Vortheilsgerechtigkeit behafteten Hofgute zustehe.

Da nur diese Berechtigung des Anton Halter, wie gezeigt, ihre Grundlage in dem vorhandenen Specialgesetze selbst hat, so kann auch mit Grund nicht behauptet werden, daß die betreffenden Uebereinkünfte deßhalb ungültig seien; weil sie gegen die verbietenden allgemeinen Vorschriften der L.R.S.S. 577b.g und 815 verstoßen.

Hiernach erscheint das Begehren der Kläger auf Theilung des Hofgutes mittelst öffentlicher Versteigerung als ungegründet, und der Beklagte Anton Halter daher durch das Urtheil der vordern Instanz, welches diesem Antrag statt gegeben hat, als beschwert.

Auch auf den Grund der Erbansprüche an den Nachlaß der verstorbenen Magdalena Halter, einer Halbschwester der Franziska Heitzmann, haben die Kläger die Theilung ebenfalls nur in soweit begehrt, als in diesen Nachlaß ein Antheil an dem geschlossenen Hofgute gefallen sein soll.

Allein da nach der bisherigen Ausführung eine Theilung des Hofguts vor dem Ableben des Anton Halter überhaupt nicht verlangt werden kann, so erscheint auch dieses Begehren als unbegründet, und die Beklagten sind deßhalb auch in soweit beschwert, als auch in dieser Beziehung in zweiter Instanz dem Antrag der Klage entsprochen worden ist.

Dagegen kann aus den gleichen Gründen die Beschwerde der Kläger nicht als begründet erachtet werden, in so weit sie in zweiter Instanz mit ihrer Klage auf gleichmäßige Theilung der von ihnen näher bezeichneten 4 Waldparcellen abgewiesen worden sind. Denn da sie in ihrem Nachtrage zur Klage selbst behaupten, daß diese

Waldungen Bestandtheile des geschlossenen Hofgutes seien, und auf den Grund dieser Behauptung die Theilung derselben, wie jene des Hofgutes verlangen, so stehen auch diesem Begehren die gleichen Gründe entgegen, wie jenem auf Theilung des Hofgutes selbst.

Hiernach war das Urtheil der zweiten Instanz aufzuheben und jenes der ersten Instanz wieder herzustellen, und es mußten die Kläger zugleich nach §. 170 der Pr.O. in sämmtliche Kosten der drei Rechtszüge verurtheilt werden. Red.

88.

Wahrnehmungen aus der Praxis.

Der §. 250 der St.P.O.,

welcher von dem Inhalt der Strafurtheile handelt, ist in No. 21 der vorjährigen Annalen Gegenstand einer Besprechung gewesen. Man konnte inzwischen gelegentlich erfahren, daß die dort aufgestellte Ansicht vielfach Eingang gefunden, vielfach aber auch perhorreszirt wurde, letzteres z. B. seitens eines Schöffengerichts, welches einen Angeklagten wegen Entwendung einer größeren Anzahl von Zwetschgenbäumchen verurtheilte, die dann, die Zwetschgenbäumchen nämlich, in der öffentlichen Bekanntmachung des Urtheils an den flüchtigen Angeklagten in tabellarischer Form, eines unter dem andern, in der Zeitung inserirt stunden.

Bei einer Strafkammer, deren Praxis in der fraglichen Beziehung überhaupt nicht feststeht, geschah es, daß in einer Sitzung die Mehrheit der Mitglieder sich für die Aufnahme der entwendeten Gegenstände in den Urtheilstext entschied, und so wurde denn im erst verhandelten Fall der Angeklagte der Entwendung eines Paars grauwollener Socken und eines Hemdes (warum hier Struktur und Farbe nicht angegeben? vermuthlich weil beides nicht mehr genau erkenntlich!) für schuldig erklärt.

Man sagte, es sei Das zweckmäßig, weil es bequem sei für Diejenigen, die in einem späteren Fall (Rückfall) die früheren Urtheile zu prüfen hätten und denen man nicht zumuthen sollte, sich erst aus den Entscheidungsgründen über den Thatbestand der betreffenden früheren Diebstähle zu unterrichten. Diese Erwägung kann man lediglich dahin gestellt sein lassen. In einem zweiten Falle war aber das corpus delicti ein sogenannter Berliner, mit einer Menge kleiner sogenannter Handwerksburschenartikel darinnen, die man denn doch in dem Urtheil nicht abschreiben konnte, und hier nun erklärte man den Angeklagten für schuldig „der Entwendung verschiedener Effecten." Warum aber wog nun hier die Rücksicht auf die Sauberkeit des Urtheilstenors schwerer, als die obenberührte Fürsorge für die Nachwelt, die nun jedenfalls ein viel beschwerlicheres Studium der Vorakten und Urtheilsmotive, vorkommenden Falls, zu besorgen hat, sintemalen es sich um ein Dutzend einzelner „Effecten" handelt, als dort, wo nur zwei Gegenstände, Socken und Hemd, in Frage stunden. Wo ist da die Grenze? Ist es das Dutzend oder das Schock? Wenn man es für geboten erachtet, zwei gestohlene Effecten im Urtheil zu benennen, so muß man ebensowohl auch zwölf und noch vielmehr fünfunddreißig solcher Effecten im Urtheil benennen. Man soll ein Prinzip nicht reiten, aber man soll in der Durchführung einer einmal für richtig erachteten Maxime consequent sein. „Verschiedene Effekten" — das will nach unserer unmaaßgeblichen Ansicht, da man keine Immobilien stehlen kann, lediglich so viel wie gar nichts heißen; diese Art von Beifügung des Thatbestands zu der, vom §. 250 allein geforderten Angabe des Verbrechens ist denn doch — man gestatte den Ausdruck — nichts als eine Connivenz an eine hergebrachte Uebung, die — wir mit keinem andern Namen nennen wollen.

Eisen.

89.

Die Ermächtigung an den Schuldner, der seinem Gläubiger Forderungen zu Pfand gibt, diese selbst einzuziehen, ist zur Wahrung des Pfandverhältnisses jederzeit widerruflich.

L.R.S. 2075. 2076. 2079. 2081.
v. Holzschuher, Civilrecht III. S. 501. Ziff. 10.

In Sachen

des Bankhauses Gebrüder Zimmern in Heidelberg, Kläger, Appellaten, Oberappellanten

gegen

Abraham Stumpf in Eberbach, nunmehr dessen Kinder, Beklagte, Appellanten, Oberappellanten,

Forderung betreffend,

wurde in dritter Instanz Beklagterseits hauptsächlich

geltend gemacht, die Kläger hätten dadurch, daß sie den Schuldnern der ihnen, vom Rechtsvorfahrer der Beklagten — A. Stumpf, — zu Pfand gegebenen Wechsel untersagten, noch fernerhin Zahlung an Stumpf zu leisten, sowie dadurch, daß sie denselben längere Zahlungsfristen bewilligten, ihren Verlust an den Wechselforderungen selbst verschuldet.

Das großh. Oberhofgericht zog jedoch in seinen Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 12 Mai 1868 in Betracht, daß von einer solchen Verschuldung der Kläger nur dann die Rede sein könnte, wenn dieselben widerrechtlich gehandelt und hierdurch den fraglichen Verlust herbeigeführt hätten, daß sie aber, indem sie von den Wechselschuldnern Zahlung verlangten und ihnen eine Zahlungsleistung an Stumpf untersagten, nachdem Letzterer mit Abtragung seiner Contocorrentschuld an sie im Rückstand geblieben war, nicht widerrechtlich verfuhren, sondern nur dasjenige thaten, wozu sie in Folge der pfandmäßigen Hingabe der Wechsel Seitens des Stumpf berechtigt waren. Denn, sollte die ihnen mit diesen Wechseln geleistete Garantie einen reellen Zweck haben, so mußten sie für den Fall, daß Stumpf keine Zahlung leistete, ihrerseits gegen die Wechselschuldner vorzugehen befugt sein, ohne hieran durch die Uebereinkunft gehindert zu sein, wornach sie dem Stumpf den Einzug der Wechselbeträge überlassen hatten, da diese Uebereinkunft offenbar nur insoweit bestand, als sie das Pfandverhältniß nicht beeinträchtigte, eine Beeinträchtigung desselben aber vorgelegen wäre, wenn Stumpf ungeachtet der Nichterfüllung der Verbindlichkeit, zu deren Sicherung er die Wechsel hingegeben, die Ergebnisse des Pfands, d. i. die Zahlungen der Wechselschuldner an sich genommen hätte — weßhalb denn auch die fragliche Uebereinkunft keinen andern Sinn, als den eines jederzeit widerruflichen Einzugsauftrags seitens der Kläger an Stumpf gehabt haben kann. —

Aber auch abgesehen davon, ist thatsächlich nicht begründet worden, daß Stumpf im Stande gewesen wäre, Zahlung von den Wechselschuldnern zu erlangen, wenn die Kläger denselben nicht verboten hätten, an ihn zu zahlen. Hatte er zufolge seiner fortbestandenen prinzipalen Verbindlichkeit darauf hinzuwirken, daß jene Schuldner an die Kläger Zahlung leisteten, konnte er dies aber nicht erreichen, so ist nicht abzusehen, wie es ihm hätte gelingen sollen, zu bewirken, daß sie an ihn zahlten.

Wenn ferner die Beklagten den Verlust an den Wechselforderungen dem Umstand zuschreiben, daß die Kläger den Schuldnern längere Zahlungsfristen bewilligten, so entbehrt diese Einwendung, welche zudem erst in der mündlichen Verhandlung zweiter Instanz, also verspätet, vorgetragen wurde, einer gehörigen thatsächlichen Begründung, da es, um den ursprünglichen Zusammenhang zwischen der Fristgestattung und dem Forderungsverlust darzuthun, nicht an einer einfachen Hinweisung auf die Kriegszeit des Jahres 1866 genügte.

Red.

Anzeige.

Mit Nummer 12 endigt das erste Semester des Jahres 1868 der Annalen. Die Bestellungen auf das zweite Semester wollen gefällig bei den großh. Postämtern gemacht werden. Der Preis für dasselbe beträgt 3 fl.

Mannheim, im Juni 1868.

Buchhandlung von **J. Bensheimer.**

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 13.

90.

Mittheilungen aus der Uebung der Gerichtshöfe und der Staatsanwaltschaften.

Schon seit längerer Zeit, insbesondere seitdem nunmehr fast in allen deutschen Staaten die schon längst für nothwendig erkannten Umgestaltungen des Strafverfahrens in das Leben gerufen worden sind, ist der hohe Werth, ja die Nothwendigkeit einer vergleichenden Rechtswissenschaft allgemein erkannt worden. Dem Verfasser „der systematischen Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen seit 1848“ J. W. Plank, kommt das Verdienst zu, unter den ersten die Behandlung dieses Bestandtheils der Rechtswissenschaft befürwortet und thatsächlich gefördert zu haben, ein Bestreben, dessen Erfolg allerwärts und unter stets wachsender Betheiligung Nachahmung gefunden hat. Die Erwartung, welche der Verfasser in der Vorrede zu seinem Werke vom September 1857 bezüglich der deutschen Rechtsgelehrten ausgesprochen hat, — daß das von ihm angebahnte Streben nach Auffindung und Herstellung der den verschiedenen Particulargesetzgebungen unterliegenden Grundgedanken und nach Bewahrung des Bewußtseins der Zusammengehörigkeit der deutschen Staaten auf dem Rechtsgebiet von allen dazu Berufenen erfolgreich gepflegt werde, ist jetzt schon in anerkennungswerther Weise in Erfüllung gegangen. Die heilsamen Folgen solcher Thätigkeit lassen sich jetzt schon erkennen; mehr und mehr sind nicht blos die Rechtslehrer bestrebt, auf dem angedeuteten, dem früher eingehaltenen unmittelbar entgegengesetzten, Wege die durch die Wissenschaft des Rechts gewonnenen Ergebnisse zur Herstellung eines wirklichen gemeinen deutschen Strafprozeßrechts der Gegenwart zu benützen; auch die zur Uebung des Rechts Berufenen, die zunächst nur zur Anwendung der partikularen Gesetzgebungen angewiesenen Richter haben sich denselben angeschlossen. Allgemein ist das Bewußtsein heutzutage, daß es sich bei der Verwerthung jener Erkenntnißquelle für die Anwendung der positiven Gesetze nicht darum handelt, etwas vom Gesetzgeber nicht Gewolltes in die Rechtsprechung hereinzutragen, sondern durch die Vergleichung der Gesetzgebung anderer deutscher Staaten und durch die Erkenntniß dessen, was in diesen mit der heimischen Gesetzgebung übereinstimmt und was wieder in Einzelheiten davon abweicht, die leitenden Grundgedanken der letzteren aufzufinden und für deren Auslegung die sichersten Anhaltspunkte zu gewinnen.

Aber nicht allein eine vergleichende Berücksichtigung der verschiedenen deutschen Gesetzgebungen auf dem Gebiete des deutschen Strafverfahrens scheint aus den angeführten Gründen geboten, sondern auch eine Prüfung der Uebung, wie sie sich bei der Anwendung der Gesetze durch die Gerichte ergibt. Zu einer Vergleichung der Thätigkeit der Gerichte verschiedener Staaten bei Anwendung der Particulargesetze über das Strafverfahren ist man seither noch nicht, oder nur in sehr beschränktem Maaße gekommen; sei es, daß es dafür an Organen mangelt, sei es, daß eine solche nur bei solchen Rechtsgebieten, bei welchen, wie bei dem Handels- und Wechselrecht eine gemeinschaftliche Gesetzgebung besteht, für ausführbar angesehen wurde. In der That möchte dieselbe bei der beträchtlichen Abweichung der verschiedenen Particulargesetzgebungen über das Strafverfahren in ihren Einzelbestimmungen auf sehr erhebliche Schwierigkeiten stoßen und dürfte, selbst bei deren Ueberwindung, kaum auf ein wahrhaft lohnendes Ergebniß zu hoffen sein. Wenn indeß eine derartige Vergleichung der Ergebnisse der Rechtsanwendung auf dem großen deutschen Rechtsgebiete nicht anwendbar scheint, so steht doch Nichts im Wege, auf dem kleineren Gebiete einer einheitlichen positiven Gesetzgebung die Uebung, wie sie sich bei verschiedenen Gerichten festgestellt hat, und sich im Lauf der Zeit unablässig erneuert, einer vergleichenden Prüfung zu unterziehen. — Dem Begriff einer Rechtsübung oder Gerichtspraxis entsprechend wird es sich empfehlen, solche Entscheidungen vorzugsweise zu erörtern, welche einmal die Auslegung einer positiven Gesetzesbestimmung enthalten, von einer abweichenden Auffassung bei verschiedenen Gerichten Zeugniß ablegen und endlich erheblich genug sind,

um mittelst Aufgebens der seither festgehaltenen Uebung Seitens eines oder des anderen Gerichtes die Herstellung einer gleichmäßigen Behandlung wünschenswerth zu machen. Seine Rechtfertigung wird ein Versuch in der angedeuteten Richtung wohl in dem Umstand finden, daß der, gegenüber solchen Verschiedenheiten der practischen Rechtspflege gewonnene feste Boden auch der theoretischen Rechtswissenschaft zu Statten kommt, und daß die wissenschaftliche Besprechung in unserer Zeitschrift gewissermaßen den einzigen Weg dafür bietet, indem eine Reihe von Entscheidungen der obgemeldeten Art nach bestehender Gesetzgebung der Anfechtung durch ein bei dem obersten Gerichtshof einzulegendes Rechtsmittel, und damit der Berichtigung im Interesse einer einheitlichen Rechtspflege nicht einmal empfänglich sind.

Der Unterzeichnete, welcher nun schon verschiedenen Gerichtshöfen zur Seite gestanden und dabei Gelegenheit gehabt hat, unter sich abweichende Uebungen kennen zu lernen, übergibt einige seiner deßfallsigen Wahrnehmungen hiermit der Oeffentlichkeit. Es sind Fragen, welchen ihre Bedeutung nicht abzusprechen sein wird, da einzelne bei ihrer Entscheidung neben der Anwendung positiver Gesetzesstellen ein Zurückgehen auf die obersten Grundsätze unseres Strafverfahrens erheischen, andere wieder, wie sich das aus der Mittheilung des einschlägigen Falles ergeben wird, auf eine gewisse practische Erheblichkeit Anspruch machen können. Soviel wie möglich, wird der Verfasser die Entscheidungen der beiden Gerichte, zwischen denen er die Paralelle gezogen hat, für sich selbst sprechen lassen, wo sie ihm in genügender thatsächlicher und rechtlicher Ausführung in den Acten vor Augen gelegen haben. Zur Aeußerung eigener Ansicht wird die Veranlassung gegeben sein, wo die jeweilige Begründung nicht actenmäßig niedergelegt, sondern nur in mündlicher Berathung festgestellt wurde. Zu ersterer Behandlungsweise werden sich vorzugsweise die Entscheidungen der erkennenden Gerichte — der Strafkammern — zu letzterer diejenigen der Anklagekammern, wo nicht gerade ein schriftliches Votum abgegeben wurde, eignen.

A.

Ist bei Anklagen wegen Körperverletzung, welche vor den Strafkammern verhandelt werden, die Ladung und persönliche Einvernahme des Gerichtsarztes als Sachverständigen unbedingt erforderlich?

Es könnte scheinen, als ob die vorstehende Frage insoferne zu enge gefaßt wäre, als dieselbe nur von einer gewissen Klasse von Sachverständigen, den Aerzten handelt, während dasjenige, was bei der einen Klasse gilt, auch bei der andern gelten müßte. Es wird sich aber sogleich zeigen, daß die Fassung der Frage vollkommen der bestehenden Sachlage entspricht.

Bei dem Gerichte, bei welchem der Unterzeichnete früher als Vertreter der Staatsanwaltschaft amtete, bildete bei der größten Anzahl von derartigen Straffällen die Verlesung des in der Voruntersuchung erstatteten schriftlichen Gutachtens in der Hauptverhandlung die Regel; bei zweifelhaften, verwickelten Fällen kam es allerdings auch vor, daß zur besseren Aufklärung der Sache entweder der in der Voruntersuchung thätig gewesene Sachverständige (Gerichtsarzt), oder auch ein anderer, derjenige am Ort des erkennenden Gerichts, zur Hauptverhandlung geladen wurde. An der Zuläßigkeit der erstgedachten Maaßregel, der Verlesung des schriftlich erstatteten Gutachtens wurde meines Wissens niemals ein Zweifel laut; dem staatsanwaltschaftlichen Antrag auf Aufnahme dieses Beweismittels in das nach §. 217 Abs. 3 der Str.P.O. aufzustellende Verzeichniß wurde von großherz. Raths- und Anklagekammer ohne jegliches Bedenken entsprochen und auch bei der Strafkammer wurde nie ein Zweifel an der Gesetzmäßigkeit und innern Berechtigung des bezeichneten Verfahrens geäußert.

Bei einem andern Gericht wurde das entgegengesetzte Verfahren von jeher eingehalten; zu einem jeden, auch dem an sich klarsten und unbedeutendsten Körperverletzungsfall, welcher bei der Strafkammer verhandelt wurde, war der Bezirksarzt des betreffenden Amtsgerichts geladen, und es scheint, daß die Möglichkeit und Zuläßigkeit einer anderen Behandlungsweise niemals erörtert worden war, daß sich ganz stillschweigend ein dahin gehender Gebrauch gebildet hatte. Eine Veranlassung zur Besprechung der Gründe für und wider war nicht gegeben, weil auch die staatsanwaltschaftlichen Anträge jeweils auf persönliche Ladung des Gerichtsarztes lauteten. Eine erstmalige Berathung wurde angeregt, als nach stattgehabtem Personenwechsel bei der Staatsanwaltschaft ein Verweisungsantrag den Vorschlag enthielt, das gerichtsärztliche Gutachten in das Verzeichniß der zu verlesenden Urkunden aufzunehmen und auf erfolgte Anfrage die Erstere sich dahin aussprach, daß die Abweichung von dem seitherigen Brauche nicht, wie vermuthet, auf einem Uebersehen beruhe, sondern aus eingehender Prüfung her-

vorgegangen sei. Darauf wurde nun: In Anklagesachen gegen Johann Jung von Truchtersheim im Elsaß, wegen Widersetzlichkeit (verbunden mit Körperverletzung) ein Beschluß gefaßt, der dem sogleich wörtlich mitgetheilten Votum des Vorsitzenden der großh. Raths- und Anklagekammer in allen Theilen entspricht.

Votum.

J. A.S.

gegen

Johann Jung von Truchtersheim im Elsaß, wegen Widersetzlichkeit.

„Ich bin der Ansicht, daß die von dem großh. Herrn Staatsanwalt in seinem Verweisungsantrag vorgeschlagene*) blose Vorlesung des in der Voruntersuchung abgegebenen gerichtsärztlichen Gutachtens dem Grundsatz der Mündlichkeit bei der Hauptverhandlung**), sowie auch der seitherigen Praxis, wie sie seit Bestehen des hiesigen Gerichtshofs sowohl bei diesem, als der großh. Staatsbehörde bisher war, widerspricht und gegen die Zweckmäßigkeit des Vorschlags auch die Erfahrung anzuführen ist, welche ergeben hat, daß gerade vorzugsweise vom Gerichtshofe, von der Staatsbehörde, und insbesondere von der Vertheidigung an den Gerichtsarzt noch in der Hauptverhandlung Fragen gestellt werden, behufs der Ergänzung und Erläuterung des früher abgegebenen Gutachtens und zwar häufig erst auf den Grund des Ergebnisses der Hauptverhandlung."

„Die Nothwendigkeit der Vorladung der Sachverständigen zu schwur- und kreisgerichtlicher Hauptverhandlung ergibt sich nach meiner Ansicht auch mit Bestimmtheit aus den Vorschriften der Strafprozeßordnung."

„Diese gestattet bei schöffengerichtlichen Verhandlungen in §. 306 auch statt der mündlichen Vernehmung der Sachverständigen die Verlesung ihres schriftlichen Gutachtens, soferne letzteres nicht einer näheren Begründung oder Erläuterung bedarf."

„Eine solche Befugniß räumt aber die Strafprozeßordnung nicht auch da ein, wo sie von den kreis- und schwurgerichtlichen Hauptverhandlungen spricht und doch hätte sie, wenn sie eine solche Befugniß auch in kreisgerichtlichen Sachen hätte geben wollen, dies ausdrücklich thun müssen, nachdem sie ausdrücklich eine Ausnahme nur bei schöffengerichtlichem Verfahren gestattet. Der von der Vorladung zur Hauptverhandlung in kreisgerichtlichen Straffachen handelnde §. 220 der Str.P.O. spricht vielmehr dadurch, daß er auf § 217—219 (schwurgerichtliches Verfahren) verweist, nur von Ausnahmsfällen, wo Aussagen von **Zeugen** vorgelesen werden können, ohne einer zulässigen Vorlesung des Gutachtens Sachverständiger zu erwähnen, daher auch Ammann in Note 3 zu §. 217 der Str.P.O. mit Mittermaier die ausnahmsweise Vorlesung des schriftlichen Gutachtens eines Sachverständigen selbst nicht einmal dann gestatten will, wenn der Sachverständige seit Abgabe seines Gutachtens in der Voruntersuchung und noch vor angeordneter Hauptverhandlung gestorben ist, vielmehr dann die Aufstellung eines neuen zur Hauptverhandlung vorzuladenden Sachverständigen verlangt."

„Es ist nun zwar allerdings auch in neuester Zeit schon einmal ein Fall vorgekommen, wo der Herr Staatsanwalt ebenfalls von dem Vorschlag, den Gerichtsarzt in die Sitzung vorzuladen, Umgang genommen hat, ohne daß die Anklagekammer eine gegentheilige Ansicht kund gab. Ich meinestheils muß gestehen, daß ich dieses damals übersehen habe, ansonst ich schon damals meine Ansicht zu den Acten gegeben hätte, um dem Vorsitzenden der Strafkammer kund zu geben, daß ich die Ansicht des Herrn Staatsanwalts nicht theile. Der Vorsitzende der Strafkammer hat übrigens, die Unterlassung eines Antrags auf Vorladung des Gerichtsarztes für ein bloses Uebersehen erachtend, dieses kraft der ihm in §. 230 der Str.P.O. gegebenen Befugniß wieder gutzumachen gesucht."

„Ich denke auch im vorliegenden Fall wird es wieder so gehalten werden, erachte aber die Abgabe dieses besonderen Votums durch den Umstand geboten, weil der großh. Herr Staatsanwalt in seinem Verweisungsantrag erklärt, er wolle jeweils die Vorladung des Gerichtsarztes nur dem Angeklagten anheim geben, während der großh. Herr Ober-

*) Conf. Annalen, Jahrgang 31 S. 42.

**) Conf. §. 2 der Ger.Verf., §. 6 der Str.P.O., §. 220 der Str.P.O

staatsanwalt stets obigen Ausführungen des Gesetzes gemäß die Vorladung des Gerichtsarztes beantragen zu müssen glaubt und weil ich der Ansicht bin, daß die großh. Raths- und Anklagekammer sich ausdrücklich über die Frage aussprechen sollte, wenn ihr auch nicht die Befugniß zusteht, den von der Staatsbehörde vorgeschlagenen Beweiserhebungen andere zu substituiren."

Das vorstehende Votum habe ich seinem vollen Inhalte nach hier aufnehmen zu müssen geglaubt, weil dasselbe in der That alle wesentlichen Gründe für die darin geltend gemachte Ansicht in gedrängter Kürze enthält. Unmittelbar anschließend soll nun dasjenige zusammengestellt werden, was für die entgegengesetzte Ansicht spricht, zugleich wird aber auch noch in Berücksichtigung gezogen werden, zu welchen weiteren Folgerungen jene Theorie führen müßte, welche dieselbe gleichwohl zu ziehen unterläßt.

An der Spitze des Votums steht der Satz, daß die blose Verlesung des gerichtsärztlichen Gutachtens dem Grundsatze der Mündlichkeit bei der Hauptverhandlung widerspreche, womit auf die Bestimmung des §. 6 der Str.P.O. Bezug genommen ist. — Wenn es indeß an sich schon bedenklich ist, sich zur Entscheidung einer Detailfrage auf einen solchen allgemeinen Grundsatz zu berufen, so leuchtet es bei Durchsicht der Einzelbestimmungen der Strafprozeßordnung um so mehr ein, daß mit der Berufung auf einen solchen nicht viel gewonnen ist. Was unter der öffentlich mündlichen Verhandlung, welche vor dem urtheilenden Gericht stattzufinden hat, verstanden ist, was ihre wesentlichen Erfordernisse sind, das ergibt sich aus dem Inhalte der §§. 383. 395. 408 Abs. 2 der Str.P.O. nämlich das persönliche Auftreten und das mündliche Vorbringen Seitens des Anklägers und des Angeklagten, beziehungsweise seines Vertheidigers. Ueber die Art und Weise der Beweiserhebung ist dagegen mit der Aufstellung obigen Grundsatzes noch Nichts entschieden, sondern es sind die Tit. XVI. und XVII. vorzugsweise, in welchen die einschlägigen Bestimmungen zu suchen sind. Hier ist es der §. 220, — der bestimmt, daß zur Hauptverhandlung vorgeladen werden die vom Staatsanwalt und dem Angeklagten vorgeschlagenen und nach den §§. 217 — 219 vorzuladenden Zeugen, — welcher zuerst eine bestimmte, hierher bezügliche Vorschrift zu geben scheint. Es ergibt sich indeß sofort, daß der genannte §., welcher sich zudem nach seiner unglücklich gewählten Fassung gerade bezüglich des hier erörterten Punktes im Zirkel bewegt, in Wirklichkeit keinen Aufschluß gibt, sondern erst wieder auf andere Gesetzesstellen verweist. Hier sei nur soviel bemerkt, daß für die Raths- und Anklagekammer, beziehungsweise das erkennende Gericht bezüglich der Frage, welche Zeugen und Sachverständige zur Hauptverhandlung vorzuladen sind, die doppelte Voraussetzung besteht,

1) daß dieselben von der einen oder anderen Seite vorgeschlagen sein müssen (also Anerkennung der Verhandlungsmaxime in dieser beschränkten Bedeutung auch für den Strafprozeß, vorbehaltlich der dem Vorsitzenden nach §. 230. 242 Abs. 2 der Str.P.O. zustehenden Befugniß);
2) daß das Gesetz ihre Ladung verordnet.

Die erstere Voraussetzung soll an dieser Stelle nicht weiter erörtert werden, weil sie in dem Votum an seinem Schluß ausdrücklich anerkannt ist.

Zu 2) Von den angezogenen §§. 217—219 spricht nur §. 218 Abs. 2 von Sachverständigen und zwar neuen, nicht von der Anklage vorgeschlagenen, deren Ladung zum persönlichen Erscheinen der Angeklagte unter gewissen Voraussetzungen beantragen darf. Also auch hier ist ein bestimmter Ausspruch über die streitige Frage nicht zu finden.

Eher könnte man das gesetzliche Gebot der persönlichen Ladung und Einvernahme der Sachverständigen aus der Bestimmung der §§. 235 ff. ableiten wollen, doch ist auch hier nicht zu verkennen, daß dieselben überall nur von den geladenen Sachverständigen handeln, also die Frage, ob solche unter allen Umständen geladen werden müssen, darin gar nicht behandelt ist. In Wirklichkeit ist es nur der §. 306, auf welchen sich die gegentheilige Ansicht mit einigem Recht beziehen zu können scheint, indem fragliche Gesetzesstelle ganz allein nicht blos beiläufig, sondern ausdrücklich mit vorwürfiger Frage sich befaßt. Allein die Schlußfolgerung, welche von jener Seite daraus gezogen werden will, ist schon um deßwillen unbegründet, weil der angebliche Auslegungsgrundsatz, qui dicit de uno, negat de altero, längst in seiner Unrichtigkeit erkannt, auch die Annahme, daß die Bestimmung des §. 306 Abs. 2 eine, nur für das Verfahren vor den Amtsgerichten bestimmte, Ausnahme enthalte, durch Nichts gerechtfertigt ist. An sich schon ist die Unterstellung, daß die schwur- und kreisgerichtlichen Strafsachen einerseits — den amtsgerichtlichen

Strafsachen andererseits gegenüber gestellt seien, so daß, wo keine ausdrückliche Abweichung bestimmt wäre, für jene beiden Arten durchweg die gleichen Bestimmungen bezüglich des Verfahrens zur Anwendung zu kommen hätten, nirgends unterstützt. Weit eher könnte man sagen, daß nach der Art der in erster Linie auf sie gesetzten Strafen (peinliche — bürgerliche), sowie nach der Zutheilung der ihrer Gerichtsbarkeit unterworfenen Verbrechen, beziehungsweise Vergehen, die schwurgerichtlichen Strafsachen die eine, die kreis- und amtsgerichtlichen die andere Gruppe bilden. In dem Tit. XIX. (Hauptverhandlung vor den Strafkammern der Kreisgerichte) ist auch nirgends auf den vorhergehenden Titel (Hauptverhandlung vor den Schwurgerichten), sondern in §. 296 Abs. 2 nur auf Tit. XVII. (Verhandlung vor den erkennenden Gerichten) Bezug genommen. — Meines Erachtens ist damit schon dem aus §. 306 Abs. 2 abgeleiteten Beweisgrund der Boden entzogen, daß eine für das amtsgerichtliche Verfahren getroffene Bestimmung damit zugleich die entgegengesetzte Bestimmung für das Verfahren bei den Kreisgerichten enthalten müsse. Allein Nichts zwingt den Ausleger, die fragliche Bestimmung auf das Verfahren vor den Amtsgerichten zu beschränken; der Wortlaut derselben steht einer solchen Auffassung entgegen, und aus der Stellung derselben allein unter den fraglichen Titel läßt sich dieselbe ebensowenig rechtfertigen, als man in einem andern Gesetzbuch einen Satz mit allgemeiner Fassung nur auf dasjenige Rechtsgebiet beschränken würde, unter dessen Ueberschrift er vom Gesetzgeber gestellt ist.

Ich bin nun schon um deßwillen, weil die Versuche, eine u n b e d i n g t e gesetzliche Vorschrift der persönlichen Ladung der Sachverständigen (Gerichtsärzte) in die Hauptverhandlung aus den positiven Bestimmungen der Strafprozeßordnung abzuleiten, meines Erachtens mißlungen sind, der Meinung, daß in vorliegender Frage die Natur der Sache, also das Ermessen der Strafgerichtsbehörden, zu entscheiden habe. — Handelt es sich um einen verhältnißmäßig bedeutenderen Straffall, und hat das in der Voruntersuchung erstattete Gutachten noch Zweifel übrig gelassen, so mag sich die persönliche Einvernahme des Gerichtsarztes zur Hebung der Bedenken empfehlen. Steht aber, wie in der Mehrzahl der Fälle, nur ein Gutachten in Frage, womit die Frage nach der Dauer der Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit entschieden ist, so müßte man das persönliche Erscheinen des Gerichtsarztes des betreffenden Amtsgerichts, welcher möglicherweise weit vom Sitze des Kreisgerichts entfernt wohnt, doch für sehr überflüssig halten und es wäre schwerlich anzunehmen, daß der Gesetzgeber dasselbe, als ledigliche Formsache, unbedingt geboten hätte.

Für die von mir hier niedergelegte, bei vielen anderen Gerichten beobachtete Uebung stehen den seither besprochenen allgemeinen Gründen folgende, einzelnen Gesetzesbestimmungen entnommene zur Seite:

a) daß der angebliche Grundsatz der Mündlichkeit der m ü n d l i c h e n Verlesung des schriftlich erstatteten Gutachtens in den dazu geeigneten Fällen nicht entgegensteht, daß die persönliche Einvernahme des Gerichtsarztes als Sachverständigen nicht, wie man auch schon behauptete, bei Vermeiden der Nichtigkeit vom Gesetz gefordert ist, ergibt sich aus der Bestimmung des §. 254, indem beim Ausbleiben desselben die Verhandlung mit Verlesung seiner früheren Aussage stattfinden k a n n.

b) Wollte man nicht gerade annehmen — wozu aber kein Grund vorliegt — daß das Gesetz bei schwur- und kreisgerichtlichen Strafsachen durchweg eine doppelte Erstattung ihres Gutachtens durch die Sachverständigen verlange, so hätte der §. 89 d. Str.P.O. gar keinerlei Berechtigung. Umgekehrt muß man aus seiner allgemeinen Fassung schließen, daß er die Regel über die Art und Weise der Erhebung des Gutachtens anzugeben bestimmt ist, ohne natürlich dem Ermessen des Gerichtes vorzugreifen, welches im einzelnen Falle noch persönliche Befragung des Sachverständigen für geboten erachtet.

c) Seither war nur von solchen Straffällen die Rede, wo es sich um die Erstattung eines Gutachtens durch den Gerichtsarzt als Sachverständigen handelt. Es leuchtet jedoch ein, daß wenn für Jenen das Gesetz das persönliche Erscheinen für unbedingt geboten erklärt hätte, dies ebenso bei jedem andern Sachverständigen, z. B. dem gerichtlichen Schätzer, in Diebstahls-Anklagen gelten müßte. Allein bezüglich dieser Klasse von Sachverständigen herrscht bei dem Gerichte, aus dessen Schooß das mitgetheilte Votum hervorging, gerade die entgegengesetzte Uebung, ohne daß im Gesetz auch nur die lei-

feste Andeutung für eine derartige verschiedene Behandlung zu finden wäre. —

In der Hauptsache scheint mir endlich der Ausdruck: „Mündlichkeit" in dem angezogenen Actenstück nicht vollkommen richtig aufgefaßt zu sein. Vorgetragen wird doch gewiß mündlich das vom Gerichtsarzt erstattete Gutachten, wenn es durch den Protocollführer verlesen wird (so gut als der Verweisungsbeschluß, welcher im Eingang der Verhandlung zur Verlesung kommt);*) es wird nur nicht unmittelbar durch das erkennende Gericht erhoben. Man kann demzufolge ein ganz entschiedener Anhänger des Grundsatzes der Mündlichkeit sein, ohne unbedingt statt der Verlesung das persönliche Erscheinen des Sachverständigen vor dem erkennenden Richter zu verlangen.

Zu 1) Nachdem hiermit die eigentliche Streitfrage, wie sie in der Ueberschrift bezeichnet ist, nach den für und wider sprechenden Gründen erörtert ist, muß ich noch kurz auf die obenbezeichnete erste Voraussetzung für die Ladung von Zeugen und Sachverständigen, wie sie der §. 220 d. Str.P.O. gibt, zurückkommen. In dem Aufsatz Band XXXI. S. 32 ff. dieser Zeitschrift ist schon die Frage abgehandelt, wer die zur Hauptverhandlung vorzuladenden Zeugen zu bestimmen habe; da, was von Zeugen gilt, auch bezüglich der vorzuladenden Sachverständigen Platz greift, so hat das oben mitgetheilte Votum eben auf jenen Aufsatz Bezug genommen als es an seinem Schlusse die Ansicht niederlegte, daß der Raths- und Anklagekammer die Befugniß nicht zustehe, den von der Staatsanwaltschaft vorgeschlagenen Beweismitteln andere zu substituiren. Unmittelbar vorher war die Erwartung ausgesprochen, daß es auch im vorliegenden Fall so, wie seither, werde gehalten werden, und der Vorsitzende der Strafkammer die Unterlassung des Antrages auf persönliche Vorladung des Gerichtsarztes kraft der ihm in §. 230 d. Str.P.O. gegebenen Befugniß gutmachen werde. Die Voraussetzung ging jedoch nicht in Erfüllung, indem sich die Strafkammer, im Anschluß an den staatsanwaltschaftlichen Antrag, mit der mündlichen Verlesung des Gutachtens begnügte. Das hatte jedoch nur die Folge, daß nunmehr bei einem andern Falle J. A.S. gegen Fuchs von Auenheim wegen Körperverletzung dem staatsanwaltschaftlichen Antrag auf Verlesung des Gutachtens aus eigener Machtbefugniß von der großh. Raths- und Anklagekammer die persönliche Ladung des Gerichtsarztes substituirt wurde. In Ermangelung von, dieser Entscheidung beigefügten Gründen werden sich Zweifel an deren Folgerichtigkeit gegenüber der in dem Votum mitgetheilten Entscheidung J. A.S. gegen Jung von Truchtersheim wegen Widersetzlichkeit nicht vollkommen unterdrücken lassen. — Fraglich dürfte es vielleicht erscheinen, ob nicht gegen eine derartige Verfügung dem Staatsanwalt auf Grund des §. 412 der Str.P.O. ein Beschwerderecht zustehe, indem dieselbe entschieden in den Kreis seiner Befugnisse, wie in diejenigen der zur Aburtheilung berufenen Gerichtsabtheilung eingreift. Es erschien indeß der Erfolg eines solchen Rechtsmittels allzufraglich, nachdem in einem ähnlichen Fall J. A.S. gegen Breil von Elgersweier wegen Körperverletzung — wo die Beschwerde gegen eine, die Ergänzung der Voruntersuchung anordnende, nach Ansicht des Staatsanwalts ungerechtfertigte Verfügung der großh. Raths- und Anklagekammer gerichtet war — dieselbe vom obersten Gerichtshof für unzulässig erklärt wurde.

*) Dieser Grund zeichnet sich nicht durch besondere Stärke aus! Red.

B.

Muß auch in schwurgerichtlichen Strafsachen schon der Verweisungsantrag des Staatsanwalts das Verzeichniß der Beweismittel enthalten, die in der Hauptverhandlung erhoben werden sollen?

Scheinbar ist vorstehende Frage, welche allerdings eine mehr nur theoretische Bedeutung hat, in §. 207 letzter Absatz, beantwortet und halten sich daran die Gerichte, welche vom Staatsanwalt einen Verweisungsantrag mit dem bezeichneten Inhalt begehren, beziehungsweise eine Rückgabe desselben an Jenen zur Vervollständigung für gerechtfertigt halten, während andere Anklagekammern der Ansicht huldigen, daß das Beweismittelverzeichniß erst mit der Anklageschrift eingereicht werden müsse. Maaßgebend sind in vorliegender Frage nur der eben angezogene §. 207 und §. 216 letzter Absatz. Auch die Vertheidiger der ersten Ansicht gestehen zu, daß die nach ihrer Meinung vorgeschriebene zweimalige Benennung der Beweismittel durch den Staatsanwalt etwas Ueberflüssiges sei, glauben sich jedoch durch den Wortlaut des Gesetzes für gebunden. Dem wird sich entgegenhalten lassen, daß die allerdings nicht ganz zweifellos gehaltene Fassung des §. 207 ihre Entstehung dem Umstand verdankt, daß Titel XVI., welcher von der Vorbereitung zur Haupt-

verhandlung spricht, der Kürze halber ebensowohl die kreisgerichtlichen als die schwurgerichtlichen Strafsachen umfaßt. Es ist also innerhalb des genannten Titels auszuscheiden, was nur von der einen oder der andern Klasse von Fällen gilt. Außerdem ist soviel klar: überall, wo eine Anklageschrift vom Gesetz erfordert wird — also nach der badischen Strafprozeßordnung in allen Schwurgerichtsfällen, nach der preußischen Verordnung vom 3. Januar 1849 über das Verfahren in Untersuchungssachen, §. 47 Abs. 3, auch in den kreisgerichtlichen Straffällen — bildet jene die Grundlage für die mündliche Hauptverhandlung auch bezüglich der darin vorgeschlagenen Beweismittel, während dem Verweisungserkenntniß nur der Character eines Anklagebeschlusses (im Gegensatz zur Einstellung der Untersuchung) und einer Entscheidung über Gerichtsbarkeit und Zuständigkeit zukommt.

Wenn nun das badische Gesetz in der Meinung, dadurch eine Vereinfachung des Verfahrens zu erzielen, in kreisgerichtlichen Strafsachen die Anklageschrift ausfallen und ihre Stelle durch das am Eingang der Hauptverhandlung zu verlesende Verweisungserkenntniß einnehmen ließ, so war es allerdings nothwendig, hierher auch die Entscheidung über die in der Hauptverhandlung zu erhebenden Beweismittel zu verlegen. Strenge genommen wäre es also nothwendig gefallen, Verweisungsantrag, beziehungsweise Erkenntniß in schwurgerichtlichen Straffällen und die gleiche Einrichtung in kreisgerichtlichen Fällen, wenn auch nur wegen der verschiedenartigen Behandlungsweise der Beweismittel für die Hauptverhandlung, auseinander zu halten. Da der Gesetzgeber eine solche Scheidung unterließ, so wird man mit Fug annehmen dürfen, daß er nicht in den neben einander herlaufenden Bestimmungen des §. 207 und 216 letzter Absatz eine durchaus überflüssige Wiederholung angeordnet habe, sondern, daß ihm entweder bei der ersteren Bestimmung nur der Fall kreisgerichtlicher Zuständigkeit vorgeschwebt habe, oder er der Absicht und Meinung gewesen sei, den allgemeinen Sinn der ersteren Stelle durch die zweite wieder einzuschränken, was zu dem gleichen Ergebniß führen würde.

C.

Wenn sich ein Gericht für unzuständig erklärt, weil die That wegen ihrer Beschaffenheit zur Gerichtsbarkeit eines höheren Gerichts gehöre, ist alsdann noch ein Verweisungserkenntniß vor das letztere erforderlich?

Zur Veranschaulichung der außerordentlichen Wichtigkeit obiger Frage sollen hier zwei Fälle mitgetheilt werden, bei welchen die entgegengesetzte Behandlungsweise Platz griff.

I. In der Anklagesache gegen Becherer von Egringen wegen Wilderei erließ die Strafkammer des Kreisgerichts am 14. Dezember 1866 auf gepflogene Verhandlung folgenden

Beschluß:

„In Erwägung, daß der Angeklagte Friedrich Becherer von Egringen durch Beschluß der großh. Raths- und Anklagekammer vom 12. November d. J., No. 2569, zwar wegen erschwerter Wilderei im Sinne des §. 643. 645 Ziff. 3 hierher verwiesen wurde;

in Erwägung, daß aber das Gericht auf Grund der heutigen mündlichen Verhandlung, insbesondere nach den Zeugnissen des Martin Brunner, Mathias Mutschler, Jakob Friedrich Bachmann, der Sonnenwirth Müller Ehefrau und des Eberhard Ziegler in Verbindung mit der Persönlichkeit des Angeklagten zu dem Ergebniß gelangt ist, daß in der von dem Angeklagten verübten Handlung am 29. Juli l. J. gegen Martin Brunner von dem Augenblick an, da jener gegen diesen sein Gewehr zum erstenmale abfeuerte, nicht blos das angeklagte Vergehen, vielmehr der Thatbestand des Versuchs der Tödtung, wenn auch nur mit unbestimmtem Vorsatz, vorliegt:

nach Ansicht der Str.P.O. §. 209. 248 Abs. 4 Beilage II. zum Gerichtsverfassungsgesetz, Ziff. 1, bezw. 2 des Str.G.B. §. 203. ff., 643. 645 Abs. 3, 170 ff. erklärt sich das Gericht als Abtheilung der Strafkammer 2c. für unzuständig und verweist die Sache vor das Schwurgericht.

Zugleich wurde der Untersuchungsverhaft gegen den Angeklagten gemäß §. 165 des Str.P.O. beschlossen.“

Am 15. gl. Mts. übersandte der Staatsanwalt dem großh. Oberstaatsanwalt die Anklageschrift mit dem Ersuchen, dieselbe mit den Untersuchungsakten unmittelbar an den Vorsitzenden des Schwurgerichts zur weiteren Amtshandlung zu übermitteln, da nach seiner Ansicht eine Entschließung der Raths- und Anklagekammer nicht erforderlich seie. Dem schloß sich der großh. Oberstaatsanwalt vollständig durch Mittheilung an den Schwurgerichtsvorsitzenden am 18. desselben Monats an, welcher

indeß mit Datum vom gleichen Tage Beschluß dahin faßte:

„daß die Acten dem Vorsitzenden des Schwurgerichts, welcher für die erste Vierteljahrsitzung ernannt werden wird, seiner Zeit vorzulegen seien, indem nur auf den 19. und 20. Dezember Fälle zur schwurgerichtlichen Verhandlung angesetzt waren, und es nicht thunlich war, die Vorbereitungen zur Verhandlung des vorliegenden Straffalls bis zum 21. Dezember zu vollenden."

Die schwurgerichtliche Verhandlung wurde demgemäß am 27. März 1867 vorgenommen, jedenfalls war von den betheiligten Strafgerichtsbehörden Alles geschehen, um, wenn irgend thunlich, noch die Erledigung in der vorhergehenden Sitzung zu ermöglichen, indem bezüglich der gewählten Behandlungsweise allgemeine Uebereinstimmung herrschte.

II. Einen ganz andern Gang nahm die kürzlich erst verhandelte, aber jetzt noch im Laufe befindliche Anklage gegen Braunagel von Balg, wegen Diebstahls. Derselbe war von der Raths- und Anklagekammer wegen nach §. 385 Ziff. 12 des Str.G.B. erschwerten Diebstahls vor die Strafkammer verwiesen, von letzterer aber auf gepflogene Verhandlung am 28. Februar l. J. erkannt worden:

Der Angeklagte sei wegen zweier Entwendungen zu einer Kreisgefängnißstrafe von zwei Monaten zu verurtheilen.

„Dagegen sei bezüglich der Anklage wegen des am 18. Dezember 1867 verübten Diebstahls der diesseitige Gerichtshof für unzuständig zu erklären und diese Sache vor das Schwurgericht zu verweisen."

Die acht letzten Worte waren wieder durchstrichen, und muß dessen Erwähnung geschehen, weil in dem fraglichen Umstand später bei Berathung im Schooß der Anklagebehörde mit die Begründung des eingeschlagenen Verfahrens gefunden wurde. Seitens des Angeklagten wurde in einem vor dem Amtsgericht Baden aufgenommenen Protocoll vom 7. März auf die Nichtigkeitbeschwerde verzichtet. Es befand sich damit die Sache auf demselben Stand, wie in dem unter I. mitgetheilten Straffall; von hier an griff jedoch eine durchaus verschiedene Behandlungsweise Statt, deren Verlauf in Nachstehendem kurz dargestellt werden soll:

Die Staatsanwaltschaft, an welche zunächst die Acten zur weiteren Amtshandlung gelangten, richtete an das großh. Amtsgericht, welches schon vorher als Untersuchungsgericht thätig gewesen war, unterm 16. März den Antrag:

„auf Grund der in der Hauptverhandlung vom 28. v. M. festgestellten Thatumstände (S. 30 und 31) den Carl Braunagel von Balg eines am 18. Dezember v. J. verübten gefährlichen Diebstahls zum Nachtheil des Joseph Burkhard von Neuweier und des Reinhard Baumert von Sasbachwalden im ohngefähren Gesammtwerth von 6 fl. anzuschuldigen.

Die hier nöthige Voruntersuchung (§. 66 der Str.P.O.) wird sich auf eine kurze Einvernahme des Angeschuldigten beschränken und zugleich ihm die Schlußeröffnung des §. 200 der Str.P.O. gemacht werden können.

Um wo möglich noch die Sache vor das erste Schwurgerichts-Quartal bringen zu können, bitte ich um umgehende Erledigung meines Antrags."

Von dem Amtsgerichte wurde denn auch, vorstehendem Antrag entsprechend, mit Beschluß vom gleichen Tage die Anschuldigung ausgesprochen und, da der Beschuldigte inzwischen in Vollzug des Urtheils vom 28. Februar an das Kreisgefängniß abgeliefert worden war, das Amtsgericht am Sitze der Strafanstalt um Eröffnung angegangen. Sie erfolgte schon am Tage darauf, am 17. März und hierbei wiederholte der Beschuldigte seine schon am 7. gleichen Monats abgegebene Erklärung, daß er Nichts beizufügen habe und insbesondere sein vor dem Kreisgericht (Strafkammer) abgelegtes Geständniß der vorliegenden That bestätige.

In den eigens für die neue Untersuchung angelegten Acten findet sich nun ein weiterer und letzter Beschluß vom 18. März: „es sei Untersuchungsbeilage und Elenchus zu fertigen," welch letzterer sich freilich darauf beschränkte, daß einfach auf den Elenchus in den früheren Untersuchungsakten verwiesen war.

Nach Behändigung der Akten an die Staatsanwaltschaft wurde von letzterer unterm 19. März bei großh. Raths- und Anklagekammer ein vollständiger neuer Verweisungsantrag eingereicht (unter Beifügung vollständiger Beschuldigung) dahin gehend, daß der Beschuldigte wegen gefährlichen Diebstahls in Anklagestand zu versetzen und vor ein am Sitze des Schwurgerichtshofs abzuhaltendes Schwurgericht zu verweisen sei.

Die genannte Behörde erließ nun unterm 24. März einen Beschluß in nachstehender Fassung:

1) „Nachdem das großh. Kreisgericht, als Strafkammer, mit Urtheil vom 28. Februar d. J., No. 820, bezüglich der Anklage wegen des am 18. Dezember 1867 verübten Diebstahls sich für unzuständig erklärt hat, weil, wie sich aus den Entscheidungsgründen ergibt, ein in zweifacher Beziehung gefährlicher Diebstahl vorliege, indem der Dieb nicht nur gewaltsam eingebrochen, sondern auch in einer Weise eingestiegen sei, daß er im Falle der Betretung nicht leicht wieder habe entfliehen können — nach Ansicht des §. 381 Z. 2 des Str.G.B. Beil. II. Z. 18 des Ger.Verf.Ges. wird

verfügt:

Carl Braunagel von Balg sei wegen des ihm zur Last gelegten Diebstahls vom 18. Dezember 1867 von dem bei dem diesseitigen Gerichtshof zu bildenden Schwurgerichtshof abzuurtheilen.

2) Großh. Amtsgericht Mannheim erhält — Rücks. vorbeh. — obigen Verweisungsbeschluß, um solchen dem z. Zt. im Kreisgefängniß insitzenden Angeklagten Carl Braunagel unter Belehrung gemäß §. 213. 413 der Str.-P.O. zu eröffnen. Die deßfallsige Eröffnungsbeurkundung ist binnen 10 Tagen, eine etwa früher abgegebene Erklärung aber sogleich vorzulegen."

Zwar wurde von dem beauftragten Amtsgericht dem Auftrag sogleich nach Empfang, am 1. April entsprochen, wobei der Beschuldigte wiederholt auf ein etwaiges Beschwerderecht verzichtete und erklärte, daß er Nichts mehr vorzutragen habe; allein bis die Akten wieder an die Anklagekammer zurückgekommen und von hier an die auswärtige Staatsanwaltschaft mitgetheilt worden waren, war es der 11. April geworden, an welchem Tage erst die Anklageschrift gefertigt und wieder mit den Akten eingesendet ward. Die Sitzung des Schwurgerichts, welche am 31. März begonnen hatte, war am 4. April zu Ende gegangen, und mußte deßhalb die Verhandlung des vorliegenden Straffalls auf die kommende Schwurgerichtssitzung verschoben werden.

Der mitgetheilte Verlauf fraglicher Anklagesache gibt zu verschiedenen Betrachtungen Anlaß. Es ist zunächst das auffallende Ergebniß zu constatiren, daß troß des ausgesprochenen Bestrebens sämmtlicher zur Mitwirkung berufener Behörden, für möglichste Beschleunigung besorgt zu sein, die Sache in der Zeit vom 28. Februar bis zum 4. April nicht reif zur Verhandlung gebracht wurde. — Sodann ist es aber auch nicht leicht verständlich, daß die in den Annalen von 1867 S. 186 ff. — mitgetheilte oberstrichterliche Entscheidung so gut wie ganz außer Acht gelassen wurde. Es wäre lediglich müßig, der daselbst gegebenen, auf der Natur der Sache, wie auf den positiven Gesetzesbestimmungen fußenden Begründung etwas zuzufügen und beschränke ich mich darauf, hier lediglich das Ergebniß anzuführen, daß es zum Vollzug eines von der Strafkammer gemäß §. 248 Abs. 4 der StrP.O. gegebenen Ausspruches nicht etwa eines neuen Verweisungsbeschlusses, sondern nur der Mittheilung der Akten an den Schwurgerichtspräsidenten bedarf. Legt man nun diesen Maaßstaab an die vorliegende Untersuchung, so wird man sich der Ueberzeugung nicht verschließen können, wie viel Unnöthiges hier geschehen, und wie lediglich dadurch der leidige Erfolg einer so erheblichen Verzögerung eingetreten ist.

Schon die neue Anschuldigung und der daran sich anschließende Beschluß des Untersuchungsgerichts erweist sich als durchaus überflüssig; denn der letztere enthält zwar eine Entscheidung der Form nach, in Wirklichkeit jedoch nicht, da der Untersuchungsrichter Angesichts des Strafkammerurtheils auf keinen Fall berechtigt gewesen wäre, die gegen Braunagel vorliegende Beschuldigung zu verneinen und demzufolge etwa den Beschuldigten außer Verfolgung zu setzen, sowie den von der Strafkammer verfügten Untersuchungsverhaft aufzuheben. Ganz im gleichen Falle befindet sich die Anklagekammer, wenn man auf einen Augenblick annehmen wollte, daß dieselbe überhaupt noch mit einem derartigen Straffall befaßt werden könnte; gebunden an die in dem Strafkammerurtheil enthaltene Beschuldigung, wie sie es in Wirklichkeit ist, so daß die Möglichkeit einer anderweiten Erledigung etwa durch Einstellung der Untersuchung, oder durch wiederholte Verweisung vor die Strafkammer ihr entzogen ist, wird man sie schwerlich für verpflichtet erachten können, eine Verweisung vor das Schwurgericht auszusprechen, also eine Entscheidung zu geben, welche ihr lediglich durch eine andere Behörde mit zwingender Kraft vorgeschrieben wäre. — Darüber, daß all den zwischen den 28. Februar und den 11. April, als den

Tag der Einreichung der Anklageschrift, fallenden Untersuchungshandlungen lediglich eine formale Bedeutung zukömmt, scheinen die betheiligten Behörden auch nicht im Zweifel gewesen zu sein. In der That hat die vom Staatsanwalt aufgestellte Beschuldigung, in welcher er nicht von der thatsächlichen Auffassung des sich für unzuständig erklärenden Gerichts sich entfernen durfte, sowie die in gleichem Falle befindliche Verfügung des Untersuchungsrichters, welche die Versetzung in Anschuldigungsstand ausspricht, und die Versetzung in Anklagestand und Verweisung vor das Schwurgericht durch die Anklagekammer keinerlei sachliche Bedeutung; das Nämliche gilt von den verschiedenen Eröffnungen an den Beschuldigten, da seine Erklärungen, mochten dieselben ausfallen, wie sie wollten, bei der Unzulässigkeit von Rechtsmitteln gegen den durch die Unzuständigkeitserklärung der Strafkammer geschaffenen Zustand lediglich keinen Einfluß auf den weiteren Gang der Dinge ausüben können.

Legen die Eingangs angeführten Aeußerungen und Beschlüsse der Anklagebehörde und des Untersuchungsgerichts Zeugniß davon ab, daß beide ganz entschieden der Auffassung huldigten, es sei ein neues Untersuchungsverfahren und damit eine neue Verweisung nothwendig, so hat in den ebenda mitgetheilten Beschluß der Anklagekammer auch die entgegengesetzte Auffassung Eingang gefunden. Schon äußerlich tritt in den verschiedenen Abschnitten desselben ein unverkennbarer Widerstreit entgegen. Wie ein Januskopf enthält er unter Ziffer 1 eine Verfügung, worin sorgsam jeder Ausdruck vermieden ist, welcher auf die Absicht, damit eine Verweisung auszusprechen, schließen lassen könnte; unter Ziffer 2 ist obiger Beschluß als Verweisungsbeschluß bezeichnet und die Anführung der §§. 213. 413 der Str.P.O., über welche der Angeklagte bei der Eröffnung desselben belehrt werden soll, beweist deutlich, daß damit eine Verweisung im technischen Sinne gemeint sei. Wenn irgendwo, so paßt hier die Ausführung in dieser Zeitschrift Seite 164 ff., daß superflua nocent, denn durch die geschehene Behandlung wird nicht allein der Gesichtspunkt einer möglichst folgerichtigen theoretischen Auffassung getrübt, sondern auch die praktische Folge der eingetretenen Verzögerung ist zum großen Theil auf die eingetretene Vermengung zweier sich widerstreitender Auffassungen zu setzen. —

Noch sei hier der Vollständigkeit wegen eines schon oben kurz angedeuteten Umstandes Erwähnung gethan, der Streichung des Schlußsatzes in dem Erkenntniß der Strafkammer: J. U.S. gegen Braunagel von Balg wegen Diebstahls, welcher die ausdrückliche Verweisung des Angeklagten vor das Schwurgericht enthielt, und der Deutung, welche Seitens der Anklagekammer diesem Vorgang gegeben wurde. Es wurde bei letzterer die Ansicht ausgesprochen, daß es eines Verweisungserkenntnisses durch die Anklagekammer dann nicht bedurft hätte, wenn der fragliche Satz in der Verfügung stehen geblieben wäre.

Mir scheint auch dieses Bedenken nicht begründet; auf alle Fälle wird es, zumal da Sinn und Bedeutung der getroffenen Verfügung keinem Zweifel unterliegt, das Sicherste sein, sich auch in der Ausdrucksweise lediglich an die Gesetzesbestimmung anzuschließen. — §. 248 Abs. 4 fordert aber nur die Unzuständigkeitserklärung durch das erkennende Gericht und schließe ich gerade aus der bündigen Wortfassung, das letztere solle hierauf das zur Einleitung des weiteren Verfahrens Geeignete verfügen, daß der Gesetzgeber keinen Zweifel hegte, es werde der Richter den einfachen, sachgemäßen Weg zur Erreichung des Zieles der baldthunlichen Erledigung der Sache wählen, indem er sonst sicherlich das entgegengesetzte Verfahren vorgeschrieben haben würde.

Es ist aber auch beiläufig davon die Rede gewesen, daß bei der nach Sachlage überhaupt vorwiegenden formalen Behandlung der Sache auch nicht einmal die Anlage eines Elenchus versäumt worden sei. Es mögen nun vielleicht manche das fragliche Aktenstück und seine Bedeutung als eine Kleinigkeit ansehen, welche kaum der Erwähnung verlohne. Allein getreu dem in dem ebenangeführten Aufsatz niedergelegten Grundsatz, den ich von ganzem Herzen theile, daß alles, was keine innere Berechtigung hat, keinen Anspruch auf äußeres Dasein erheben kann, möchte ich jenem unscheinbaren Bestandtheil der Untersuchungsakten zum Schlusse doch auch noch eine kurze Erwähnung zu Theil werden lassen. In der Instruktivverordnung, die Geschäftsformen bei den Untergerichten betreffend vom 20. Februar 1829, findet sich in §. 29, welcher bestimmt, was die an die Obergerichte eingesendeten Untersuchungsakten enthalten müssen, unter anderem auch ein sogenannter Elenchus aufgeführt, und bezeichnet als „ein namentliches Verzeichniß sämmtlicher in der Untersuchung vernommenener Personen

unter Hinweisung auf die an sie gestellten Fragen oder die betreffenden Blattseiten der Akten, welches den Akten selbst voranzugehen hat."

Ist nun auch zuzugeben, daß die fragliche Verordnung als Ganzes nicht ausdrücklich aufgehoben ist, so ist doch auf der andern Seite auch nicht zu bestreiten, daß die Mehrzahl ihrer Bestimmungen durch diejenigen der Strafprozeßordnung von 1864, insbesondere in dem Titel VII., von der Führung der Voruntersuchung im Allgemeinen, ersetzt ist. Wo das aber auch nicht der Fall ist, muß man die Tragweite der grundsätzlichen Aenderung anerkennen, daß die frühere Untersuchung jetzt in die Voruntersuchung Titel VII. und die, in allen Strafsachen nach § 6 stattfindende, öffentlich mündliche Verhandlung vor dem urtheilenden Gericht zerfällt. Die erstere soll außerdem nach §. 65 sich auf Sammlung, anstatt Erhebung, der Beweise beschränken. Daß unter so bewandten Umständen der sogenannte Elenchus eine ganz zwecklose Einrichtung ist, wird von Niemanden bezweifelt werden. Nicht minder wird auch das feststehen, daß nicht allein solche Bestimmungen der Instruktivverordnung, welche entweder ausdrücklich, oder folgeweise durch das neue Prozeßgesetz aufgehoben sind, sondern auch eine Reihe von andern, z. B. die in §. 29 lit. a. c. e, 30. 33 Satz 2 und 3, theils unter der Herrschaft des letzteren, theils schon längere Zeit außer Gebrauch gekommen sind. Nur der Elenchus ragt als eine ehrwürdige Antiquität, wie ein Posten, den man abzulösen und einzuziehen vergaß, noch in die jetzige Untersuchungsführung, nachdem er drei Gesetzgebungen über das Strafverfahren erlebt, herein, und kann nur in der Eigenschaft einer Ehrenbezeugung Seitens des Untergerichts gegen das Obergericht aufgefaßt werden. Aber auch in dieser Auffassung wird er nicht einmal folgerichtig angewendet, denn dann müßte er auch in den vom Amtsgericht dem Rekursgericht vorgelegten Untersuchungsakten enthalten sein, wo das in der Verordnung selbst hervorgehobene Verhältniß von Ober- und Untergericht am schärfsten hervortritt, allein gerade hier ist er schon lange vollständig außer Uebung gekommen. Es wäre sicherlich an der Zeit, denselben auch da, wo er seither noch als Ueberbleibsel sein unfruchtbares Dasein fristet, endlich in Abgang zu genehmigen.

Wohl mag es scheinen, als ob die fragliche Einrichtung gerade wegen ihrer Unerheblichkeit kaum eine eingehendere Erwähnung verdiente; bedenkt man aber, daß schon der Fall vorkam, daß geschlossene Untersuchungsakten lediglich zu dem Behuf dem Untersuchungsgericht von der Anklagekammer zurückgegeben wurden, damit noch der Elenchus nachgeholt werde, und blos aus diesem Grunde die Erledigung eines Straffalls um so und soviel Tage hinausgerückt wurde, so wird der Frage ein gewisses praktisches Interesse nicht abgesprochen werden können. Die Hauptsache scheint mir jedoch die zu sein, daß man sich entschließen möge, alles dasjenige, was sich als zwecklos und überlebt erweist, in Wegfall kommen zu lassen, statt in der Unerheblichkeit derartiger Einrichtungen und in der seitherigen Gewohnheit einen Grund für die Beibehaltung zu erblicken. Würde eine solche Auffassung einmal Platz greifen, so wäre die Hoffnung vorhanden, daß auch zu weiteren Reformen der Anstoß gegeben wäre, und daß eine allzu formalistische Behandlungsweise, welche ihren Grund zum Theil in den über das nothwendige Maaß vorsichtigen und bedenklichen Bestimmungen des Tit. XVI. der Str.P.O. zum Theil in der aus der Zeit der früheren Gesetzgebung festgehaltenen Gewohnheit und Uebung ihren Grund hat, einer rascheren, freieren und sachgemäßeren Behandlung Platz machen würde.

Offenburg im April 1368.

A. Wagner.

91.

Wasserabfluß.

Der L.R.S. 640 verpflichtet auch zur Aufnahme desjenigen Regen- und Schneewassers, welches das unmittelbar anstoßende höher gelegene Grundstück von den hinter demselben höher gelegenen Grundstücken im natürlichen Laufe hat aufnehmen müssen.

Eine zur Förderung des Wasserablaufs von beiden Betheiligten je auf ihrem Grundstück in einander greifend angelegte Vorrichtung kann von dem Belasteten, nachdem er durch seine Fortsetzung der Anlage die Genehmigung derselben kund gegeben hat, nicht als eine Erschwerung der Dienstbarkeit beanstandet werden.

L.R.S. 686. Abs. 2, 708.

Durch Benützung jener Vorrichtung zur Aufnahme und Ableitung von Abwasser während der Verjährungszeit wird nicht etwa eine selbstständige Dienstbarkeit begründet, sondern der Umfang des Wasserleitungsrechts bestimmt.

Der L.R.S. 681 verbietet nicht das Aufführen eines Baues auf dem höher gelegenen Grundstück, sondern nur die Ableitung der Dachtraufe auf das niederer gelegene durch unmittelbaren Tropfenfall oder durch eine, zu diesem Zweck angebrachte Rinne.

In Sachen

des Conrad Thoma von Todtnau, Klägers, Widerbeklagten, Appellaten, Oberappellanten

gegen

Franz Joseph Hablitzel, Karl Hablitzel und Joseph Kirner von Todtnau, Beklagte, Widerkläger, Appellanten, Oberappellaten,

Eigenthumsfreiheit betreffend,

hatte das großh. Kreis- und Hofgericht Freiburg, Appellationssenat, am 10. September 1867, No. 2639, das der Negatorienklage stattgebende Urtheil des Kreisgerichts Lörrach unter Verfällung des Klägers, Widerbeklagten, in die Kosten beider Instanzen, dahin abgeändert:

„Der Kläger sei mit seiner am 22. März 1866 eingereichten Klage vom 21. Dezember 1865 abzuweisen und für schuldig zu erklären, das auf die Hofraithen der Beklagten, Widerkläger, fallende Regen und Schneewasser, die Dachtraufe von ihren Wohn- und Oeconomiegebäuden und das Abwasser aus den Küchen der Wohngebäude bei Zwangsvermeiden aufzunehmen."

Auf die von dem Kläger ergriffene Oberappellation wurde nach gepflogenen Verhandlungen von großh. Oberhofgerichte am 28. April 1868 zu Recht erkannt:

„daß das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg, Appellationssenat, vom 10. September 1867 unter Verfällung des Klägers, Oberappellanten, auch in die Kosten dieses Rechtszugs zu bestätigen sei."

Entscheidungsgründe.

Nach L.R.S 640 müssen Grundstücke, welche niedriger gelegen sind, von den höher gelegenen das Wasser aufnehmen, wie solches im natürlichen Laufe ohne besondere Vorrichtung dahin abfließt. Da das Gesetz hiermit nur denjenigen Zustand schützen will, welcher durch die Natur selbst geschaffen ist, so kann unter seiner Vorschrift nur dasjenige Wasser begriffen sein, welches in Folge eines Naturgesetzes, wie das Regen- und Schneewasser, auf das obere Grundstück gelangt und beziehungsweise durch ein solches Gesetz weiter geführt wird, ohne daß im einen wie im andern Falle Menschenhand darauf eingewirkt hat.

Durch den im Besitzprozesse eingenommenen Augenschein ist nun dargethan, und jetzt auch nicht weiter bestritten, daß die Hofraithen der drei Beklagten höher gelegen sind, als das jetzt zu einem Garten angelegte Grundstück des Klägers, und daß sie sich nach diesem zu abdachen. Es kann daher nicht zweifelhaft sein, daß der Kläger nicht nur das Regen- und Schneewasser auf seinem Grundstück aufzunehmen verpflichtet ist, welches unmittelbar auf den Hof seines nächsten Angränzers Joseph Kirner herabfällt, und den natürlichen Ablauf nach seinem Garten hat, sondern auch dasjenige, welches dem Hofe des Jos. Kirner ebenfalls im natürlichen Laufe von den oberen Anstößern, den beiden anderen Beklagten, welchen gegenüber dieser sich in der gleichen Lage befindet, zufließt.

Die Beklagten lassen allerdings dieses Regenwasser nicht auf der ganzen Fläche ihres Bodens, so wie es gerade auf dieselbe niederfällt, oder dahin gelangt, auf das Grundstück des Klägers abfließen, sondern sie haben zu diesem Zwecke eine einzige, theils gepflasterte, theils in dem Boden ausgehöhlte Rinne angelegt, mittelst deren sie dem kläger'schen Grundstücke das Wasser auf einem einzigen Punkte zuführen.

Allein abgesehen davon, ob man diese anerkanntermaaßen sich auf das klägerische Grundstück fortsetzende, daher anscheinend im gemeinsamen Interesse aller Betheiligten angelegte, und deßhalb auch nicht als die Dienstbarkeit erschwerend anzusehende Rinne als eine „besondere Vorrichtung" im Sinne des Gesetzes betrachten kann, so ist jedenfalls der Kläger nicht in der Lage, sich über diese Anlage zu beschweren. Denn es ist von

ihm anerkannt, und durch Zeugen bestätigt, daß Crescenz Böhler, die unmittelbare Rechtsvorfahrin des Klägers, im J. 1860 oder 1861 längs ihrer Eigenthumsgränze gegen Joseph Kirner eine Mauer errichtet, damit aber den natürlichen Ablauf des Wassers auf der ganzen Grenzlinie verhindert hat, daß sie aber, um den Abfluß des Wassers dennoch zu ermöglichen, für dessen Durchlaß an derjenigen Stelle, wo jener Graben der Beklagten auf ihr Grundstück ausmündete, in dieser Mauer eine Oeffnung angebracht hat; daß sie überdies den schon früher vorhandenen mit jenem Graben der Beklagten in Verbindung stehenden Graben auf ihrem Eigenthum schon im J. 1858 oder 1859 breiter und tiefer machen ließ, und für denselben am entgegengesetzten Ende ihres Grundstückes abermals eine Oeffnung in der dort befindlichen Gartenmauer herstellte, um dem ihr von dem Eigenthum der Beklagten zufließenden Wasser einen rascheren Abfluß über ihr Grundstück nach der öffentlichen Straße zu verschaffen. Durch diese von ihr selbst, und auf ihrem eigenen Grund und Boden vorgenommenen Arbeiten hat aber die Rechtsgeberin des Klägers jene Anlage der Beklagten gebilligt, resp. dazu eingewilligt, und an diese, die Natur einer Uebereinkunft an sich tragende, Handlung ist der Kläger als Rechtsfolger der Crescenz Böhler gebunden.

Demolombe, éd. belge VI. nro. 48.
Pardessus, nro. 100 101.

Anlangend das Wasser von den Dachtraufen der Beklagten, so bestimmt zwar der L.R.S. 681, daß der Eigenthümer seine Dächer so einrichten soll, daß das Regenwasser auf seinen eigenen Grund und Boden, oder auf die öffentliche Straße abfließt, und daß er es auf den Boden seines Nachbars nicht leiten darf, ohne daß dafür eine Dienstbarkeit rechtmäßig besteht. Allein durch diese Vorschrift wollte natürlich das Recht des Eigenthümers, sein Eigenthum in jeder ihm gutdünkenden Weise zu seinem Vortheil zu benützen, also namentlich auch jenes, dasselbe zu überbauen, nicht beschränkt werden; es sollte durch dieselbe vielmehr nur das Nachbargut davor geschützt werden, daß demselben nicht durch derartige Bauten dasjenige Regenwasser, welches ihm sonst nicht zugeflossen wäre, sei es durch den unmittelbaren Tropfenfall, sei es durch zu diesem Zwecke angebrachte Rinne, zugeführt und dasselbe dadurch beschädigt werde.

Neben dieser Vorschrift besteht aber auch jene des L.R.S. 640 unzweifelhaft fort, wonach das niedriger gelegene Grundstück das Wasser von dem höher gelegenen aufnehmen muß, wie dasselbe im natürlichen Laufe von dem letzteren herabfließt.

Wenn daher auch der eine oder der andere Beklagte einen Neubau errichtet, wenn er aber das Dach desselben so hergestellt hat, daß das Regenwasser, sei es selbst mit Hilfe von Dachrinnen, auf seinen eigenen Grund und Boden abfließt, wenn dasselbe aber von hier aus nach der natürlichen Lage der Orte dem Nachbargut zufließt, so kann der Eigenthümer des letztern sich hiergegen nicht beschweren, es sei denn, daß er zu behaupten und nachzuweisen vermöchte, daß hierdurch die ihm Kraft Gesetzes obliegende Dienstbarkeit erheblich erschwert, oder ihm sonst ein empfindlicher Nachtheil zugefügt würde, denn durch die Ausführung des Baues allein konnte die dem unten liegenden Grundstücke sonst obliegende Dienstbarkeit nicht erlöschen.

Demolombe, loc. cit. No. 589 vergl. No. 24. 25. 39.
Pardessus No. 213.
Aubry et Rau §. 195 p. 179.

Es ist nun aber hergestellt, daß die Bodenfläche, auf welcher die Gebäude der Beklagten stehen, höher gelegen ist, als der jetzige Garten des Klägers; überdies stehen diese Gebäude großentheils schon sehr lange, oder wurden inzwischen an der Stelle älterer Häuser erbaut, und von keinem derselben fällt die Dachtraufe unmittelbar auf das klägerische Grundstück, sie fällt vielmehr in die eigenen Hofräume der Beklagten nieder, und zwar entweder unmittelbar, oder mittelst Leitung durch Dachrinnen. Nur das Oeconomiegebäude des Bärenwirths Hablitzel ist erst im J. 1853 erbaut worden; allein in dieser Beziehung geben die Zeugen an, daß der Grund und Boden, auf welchem dieses Gebäude erbaut ist, höher gelegen war, als der Boden des Hofes, so daß also das auf diesen — als nicht überbaut gedachten — Boden niederfallende Regenwasser seinen natürlichen Abfluß ebenfalls nach dem Hofe, und von da nach dessen abschüssiger Lage nach dem Grundstücke des Klägers gehabt haben würde, durch die Errichtung dieses Gebäudes kann also ein irgend erheblicher Nachtheil für das Grundstück des Klägers, oder eine besondere Erschwerung der Dienstbarkeit nicht entstanden sein.

Darüber aber, daß auch das Dachtraufwasser von den Gebäuden der Beklagten vereinigt mit dem übrigen Regenwasser in einer einzigen Rinne dem klägerischen Grundstücke zugeführt wird, kann sich, wie gezeigt, der Kläger um so weniger beschweren, als die oben angeführten Anlagen seiner Rechtsvorfahrin neueren Ursprungs sind, als die Erbauung sämmtlicher Gebäude der Beklagten.

Insoweit hiernach der Appellationssenat die Verpflichtung des Klägers anerkannt hat, nicht nur das Regen- und Schneewasser von den Hofräumen der Beklagten, sondern auch das Dachtraufwasser von den Wohn- und Oekonomiegebäuden derselben auf seinem Grundstücke aufzunehmen, erscheint derselbe durch das Urtheil der zweiten Instanz nicht als beschwert.

Die Beklagten haben überdies auch den Erwerb der Berechtigung, nicht nur das bisher erwähnte Wasser, sondern auch das Abwasser aus ihren Küchen mittelst der von ihnen errichteten Anlagen über das Grundstück des Klägers nach der öffentlichen Straße abzuleiten, durch mehr als 30jährigen Besitz, also die Ersitzung einer offenen und ständigen Grunddienstbarkeit nachgewiesen.

Es wird nämlich durch die Zeugen, deren Aussagen sich über den Zeitraum vom Ausgang des vorigen Jahrhunderts bis auf das Jahr 1864 verbreiten, bestätigt, daß schon seit weit mehr als 30 Jahren in dem Hofraum des jetzt dem Karl Hablitzel gehörigen Hauses die gepflasterte Rinne gerade so, wie sie jetzt noch besteht, vorhanden war, daß an diese Rinne sich auf dem Hofe des jetzt dem Joseph Kirner gehörigen Hauses ein ausgehöhlter 1/2—1 Fuß tiefer Graben anschloß, der bis an das Eigenthum des jetzigen Klägers führte, und sich in diesem fortsetzte.

In dieser gepflasterten Rinne im Hofe des Karl Hablitzel, und in dem Graben hinter Joseph Kirner's Haus floß nach der Aussage der Zeugen überhaupt alles Wasser zusammen, welches sich hinter den Häusern der 3 Beklagten ansammelte und wurde durch diese Anlagen dem jetzt klägerischen Grundstücke zugeführt, und zwar nicht blos das Regen-, Schnee- und Dachtraufwasser, sondern auch dasjenige Wasser, welches durch die Schüttsteine aus den Küchen herausgegossen, oder sonst in den Küchen gesammelt, und sodann hinten auf die Hofräume hinausgeschüttet wurde 2c.

Jene Anlagen, insoweit sie auf dem Eigenthum der Beklagten errichtet sind, müssen aber als von den Eigenthümern dieser Grundstücke hergestellt erachtet werden. L.R.S. 553. Es kann auch nicht bezweifelt werden, daß die auf dem Hofe des Karl Hablitzel angelegte gepflasterte Rinne als eine offene Anlage zu betrachten ist, welche ihren Zweck, durch sie das überflüssige Wasser jederzeit von dem Hofe abzuleiten, unzweideutig ankündigte; nicht minder muß dies von dem auf dem Kirner'schen Hofe angelegten Graben angenommen werden; denn es war dies, wie sich aus den Aussagen der Zeugen ergibt, eine 1/2—1 Fuß tiefe, von Menschenhand ausgeführte, somit künstliche Anlage, was auch schon daraus hervorgeht, daß sie sich einerseits an die gepflasterte Rinne des Karl Hablitzel anschloß, und anderseits sich in einem gleichen Graben auf dem Eigenthum des Klägers fortsetzte und gerade hierdurch auch ihren Zweck, den Einlauf des Wassers auf das klägerische Grundstück zu bewirken, offen an den Tag legte. Daß dieser Graben dann und wann, namentlich wenn er verschlammt war, einer Ausbesserung bedurfte, und daß er bei besonders starkem Andrang des Wassers dieses nicht vollständig zu fassen vermochte, und daß er in solchen Fällen mit der Haue wieder ausgeräumt wurde, kann ihm den Character einer offenen und ständigen Anlage nicht nehmen; denn Reparaturen dieser und ähnlicher Art werden von Zeit zu Zeit bei jeder Wasserleitung erforderlich. Die Beklagten haben nun zwar zugestanden, daß sie nur die auf ihren Grundstücken vorhandenen Anlagen errichtet, daß sie aber die auf dem Grundstücke des Klägers gemachten nicht hergestellt haben. Allein da es sich hier um eine den natürlichen Wasserlauf abändernde Zuleitung des Wassers nach dem Grundstück des Klägers handelte, so bestand für die Beklagten der ihren Rechtserwerb begründende Besitz lediglich in der Errichtung und Benützung derjenigen offenen Anlagen, durch welche sie diese Zuleitung auf das klägerische Grundstück bewirkten, und es waren hierzu nicht überdies noch weitere auf dem letzteren Grundstücke durch sie vorzunehmende Handlungen nothwendig, da jene Anlagen schon an und für sich durch die Zuführung des Wassers auf das klägerische Eigenthum fortwirkten, und die jeweiligen Besitzer desselben, wenn sie eine Rechtswidrigkeit in der Herstellung dieser Anlagen erblicken zu dürfen glaubten, allen Anlaß hatten, sich denselben zu widersetzen.

Wenn der Kläger jenen Besitz der Beklagten aus

dem Grunde als einen zweideutigen darstellen will, weil seine Rechtsvorfahren die auf ihrem Eigenthum errichteten Anlagen einestheils in Erfüllung ihrer gesetzlichen Verbindlichkeit aus L.R.S. 640, und anderntheils zu dem Zwecke hergerichtet hätten, um das durch die Anlagen der Beklagten herbeigeführte Wasser zur Wässerung und Düngung ihrer Wiese zu benützen, so erscheint diese Bemängelnng als unbegründet. Denn bezüglich des hier in Frage liegenden Besitzes der Beklagten handelt es sich nicht mehr um den natürlichen, sondern um den künstlichen Ablauf des Wassers, und in dieser Beziehung liegt die Unzweideutigkeit der Besitzhandlungen der Beklagten allein darin, daß sie Anlagen errichteten, durch welche sie offen an den Tag legten, daß sie die Ansammlung des überflüssigen und ihnen lästigen Wassers in ihren Hofräumen verhindern, sich desselben entledigen, und es dem klägerischen Grundstücke zuführen wollten, dagegen war es für sie an und für sich gleichgültig, ob und wozu die Rechtsvorfahren des Klägers das ihnen zugeleitete Wasser benützten, und welche Anlagen dieselben ihrerseits auf ihrem Eigenthum herstellten, welch' Beides zu verhindern übrigens auch gar nicht in der Macht der Beklagten stund.

Daß nun auch die Rechtsvorfahren des Klägers den Bestand und den Zweck jener Anlagen gekannt, daß sie also gewußt haben, welche Berechtigung die Eigenthümer der oberhalb gelegenen Grundstücke mittelst derselben in Anspruch nahmen, läßt sich hiernach um so weniger bezweifeln, als sie jenen Zuleitungsgraben der Beklagten auf ihrem Eigenthum fortgesetzt haben, als ferner nach der Aussage des Bonaventur Kunzelmann, dessen Eltern zuerst, und dann dessen Bruder das klägerische Anwesen früher besaßen, diese Besitzer oft selbst bei der Ausräumung des Kirner'schen Grabens mitwirkten, und als die unmittelbare Rechtsvorfahrin des Klägers, Crescenz Böhler, in den Jahren 1858—1861 die oben erwähnten Anlagen auf ihrem Eigenthum herstellen ließ, um dem diesem von oben zufließenden Wasser einen rascheren Abfluß über ihr Eigenthum zu verschaffen, in welch' sämmtlichen Handlungen sogar eine Genehmigung des Bestandes jenes Zuleitungsgrabens, und eine Anerkennung der Berechtigung des Nachbars zu diesen Anlagen gelegen ist.

Jene Anlagen der Beklagten bestanden aber nach Aussagen der oben genannten Zeugen weit über 30 Jahre von Erhebung der jetzigen Klage zurückgerechnet, und sie waren auch während dieser ganzen Zeit dazu bestimmt, und haben dazu gedient, das auf den oberhalb des klägerischen Eigenthums gelegenen Grundstücken der Beklagten sich ansammelnde Wasser aufzunehmen, und auf das erstere abzuleiten, und zwar nicht blos das unmittelbar auf die Hofräume der Beklagten herabfallende Regen- und Schneewasser, sondern auch das Wasser der Dachtraufen ihrer Gebäude und das Abwasser aus ihren Küchen.

Was insbesondere das letztere Wasser betrifft, so wird dadurch, daß das Hinauslaufenlassen, oder das Ausleeren des Abwassers aus den Küchen der Beiwirkung von Menschen bedurfte, der Character der Dienstbarkeit als einer offenen und ständigen nicht verändert. Die Dienstbarkeit besteht in dem Rechte der Wasserleitung mittelst offenen und ständigen Anlagen auf das Grundstück des Klägers; das Recht, auch das Abwasser aus den Küchen durch die nämlichen Anlagen abzuleiten, bildet für sich keine selbstständige Dienstbarkeit, sondern nur einen Bestandtheil des Wasserleitungsrechtes überhaupt; der Gebrauch dieser Anlagen während rechtsverjährter Zeit bestimmt daher nur den Umfang der durch die Ersitzung erworbenen Berechtigung, nicht aber die Natur des Rechtes selbst. Ueberdies aber könnte, den rechtlichen Bestand der Dienstbarkeit der Wasserleitung im Uebrigen vorausgesetzt, namentlich mit Rücksicht auf die Lage der Oertlichkeiten kaum von einer erheblichen Erschwerung der Dienstbarkeit die Rede sein, wenn neben dem Regen-, Schnee- und Dachtraufwasser auch noch das Abwasser aus den Küchen der Beklagten durch die gleichen Anlagen über das klägerische Eigenthum abgeleitet wird.

Hiernach erscheint aber die Behauptung der Beklagten, das von ihnen in Anspruch genommene Dienstbarkeitsrecht durch Ersitzung erworben zu haben, wohl begründet und erwiesen 2c.

Wenn sich der Kläger endlich darüber beschwert, daß der Appellationssenat nicht blos ein die Klage abweisendes, sondern zugleich auch ein ihn verurtheilendes Erkenntniß erlassen habe, während eine Widerklage überhaupt nicht, oder doch erst in zweiter Instanz, hier aber jedenfalls in unzulässiger Weise erhoben worden sei, so erscheint diese Beschwerde einestheils als gegenstandslos, anderntheils als ungegründet. Denn wenn das Gericht zweiter Instanz die vom Kläger erhobene Negatorienklage aus dem Grunde abgewiesen hat, weil es die von den Beklagten angesprochene Dienstbarkeit als nachge-

wiesen erachtete, so hat es damit schon an und für sich den rechtlichen Bestand dieser Berechtigung anerkannt, und die Beklagten sind hierdurch allein schon zur ferneren Ausübung jener Dienstbarkeit ermächtigt. Ueberdies aber haben die Beklagten in der Schlußverhandlung in erster Instanz vom 25. September 1866 einen selbstständigen Antrag auf Verurtheilung des Klägers gestellt und damit haben sie an den Tag gelegt, daß sie der erhobenen Negatorienklage widerklagend die Confessorienklage entgegensetzen wollten, und einer besonderen Begründung bedurfte diese Klage nicht, da sie auf den nämlichen thatsächlichen Verhältnissen beruht, wie die der Klage entgegengehaltene Einrede. Diese Widerklage war aber in jenem Stadium des Prozesses nach S. 266. 269 der Pr.Ord. noch zulässig und es haben darum auch mit Recht die beiden vorderen Instanzen über dieselbe erkannt.

Der Kläger erscheint hiernach durch das Urtheil der vordern Instanz nicht als beschwert, es mußte dasselbe daher bestätigt und der Kläger nach §. 170 der Pr.Ord. auch in die Kosten des dritten Rechtszugs verurtheilt werden. Red.

92.

Wegen Entwährung (L.R.S. 1626. 1630) steht dem Käufer die condictio indebiti (L.R.S. 1376) gegen den Cessionar des Verkäufers nicht zu.

In Sachen
des Anton Fuhrer von Kirchdorf, Kläger
gegen
Franz Karl Weisbar von Marbach, Beklagten,
wegen Forderung.

Ignatz Rist lebte mit seiner Ehefrau Katharina geb. Stebinger in allgemeiner Gütergemeinschaft. Er starb im Jahr 1858 und hinterließ als Gemeinschaftstheilhaberin seine Ehefrau, als einzigen Erben seinen minderjährigen Sohn Isidor. Die Liegenschaften der Masse blieben mit Genehmigung der Obervormundschaftsbehörde bis zur Volljährigkeit des Sohnes, im Jahr 1861, in ungetheilter Gemeinschaft.

Im Jahr 1859 wurde die Wittwe des Ignatz Rist auf Veranlassung des Amtsrevisorats irrthümlich als alleinige Eigenthümerin der Liegenschaften in das Grundbuch eingetragen.

Am 3. April 1860 verkaufte Wittwe Rist diese Liegenschaften und darunter 2 Vierling 20 Ruthen Acker an den Kläger für 90 fl. und cedirte den Kaufpreis am 29. Mai 1860 dem Beklagten, welcher auch Zahlung von dem Kläger erhielt.

Im Jahr 1862 gerieth Isidor Rist in Gant. Die Gantmasse erhob gegen die Wittwe des Ignatz Rist eine Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft und Theilung der gemeinschaftlichen Liegenschaften. Im Jahr 1866 wurde dem Klagbegehren durch rechtskräftiges Urtheil zweiter Instanz entsprochen. Beim Vollzug der Theilung fiel der bezeichnete Acker in das Loos der Gantmasse als Vertreterin des Gantschuldners. Die Gantmasse vindizirte sodann dieses Grundstück von dem jetzigen Kläger, der am 10. August 1867 der Klage nachgab und auf den Rechtsstreit verzichtete.

Kläger Fuhrer verlangt nun von dem Beklagten Weisbar auf Grund der L.R.S. 1626. 1630 und L.R.S. 1375 die Rückzahlung des Kaufpreises.

Auf diese Klage wurde Ladung erkannt. Im Laufe der Verhandlung bildete sich jedoch die richterliche Ueberzeugung, daß die Klage in Rechten nicht begründet sei und mußte ein den Kläger abweisendes Urtheil erlassen werden. Die Gründe gingen davon aus, daß der Kläger als Käufer nur von seiner Verkäuferin, der Wittwe des Ignatz Rist, oder deren allgemeinen Rechtsnachfolgern Gewährleistung fordern kann, da Verträge nur unter den Vertragspersonen wirken. Der Beklagte ist aber ein Dritter, er ist Cessionar, Käufer des Liegenschaftskaufpreises und tritt an die Stelle der Cedentin nur bezüglich der Geltendmachung der cedirten Forderung, nicht aber in Beziehung auf die von der Forderung an sich getrennten Gewährleistungspflicht.

Zachariä §. 359 und Note 23.
Laukhard II. S. 403. 404.

Aus demselben Grunde ist aber auch die condictio indebiti nach L.R.S. 1376 unzulässig. Ueberdies fehlt dieser Klage das wesentlichste Erforderniß, nämlich die Thatsache, daß der Beklagte durch den Empfang der Zahlung bereichert worden ist.

Nach Savigny, „System“ V. S. 564 ist Grund und Bedingung aller Conditionen die mit der Entstehung einer Obligation verknüpfte Bereicherung des gegenwärtigen Schuldners aus dem Vermögen des Gläubigers, welche wieder rückgängig gemacht werden soll.

Annalen 1846 Seite 62 (Stabel).
Jahrb. f. bad. Recht Seite 116.

Der Beklagte erhielt von dem Kläger den Kaufpreis, für welchen er der Wittwe Rist den Cessionspreis entrichtet hatte. Der Beklagte erhielt also seiner Seits keine Zahlung zur Ungebühr.

Laukhard VII. S. 241.

Dem Kläger, dem ohne eigene Schuld das Grundstück entwährt worden ist, bleibt es nun überlassen, gegen seine Rechtsgeberin oder gegen diejenigen klagend aufzutreten, welche den unrichtigen Grundbuchsauszug veranlaßt haben. Buisson, Amtsrichter.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 14.

93.

Aus der Thatsache der unvordenklichen Ausübung eines Gemeindeweiderechts auf der ganzen Gemarkung ergibt sich die privatrechtliche Natur dieses Rechts nicht.

In Sachen

der Gemeinde Oberlauda, Klägerin, Appellantin, Oberappellantin

gegen

Andreas Apfel und Genossen, sämmtlich von Oberlauda, Beklagte, Appellaten, Adhärenten, Oberappellaten,

Schaafweiderecht betreffend.

Die erhobene Klage machte ein auf sämmtliche Güter der Gemarkung Oberlauda sich erstreckendes Schaafweiderecht als privatrechtliche Grunddienstbarkeit geltend und war auf Anerkenntnisse und unvordenkliche Verjährung gebaut. Nachdem jedoch in der Schlußverhandlung der dritten Instanz die behaupteten Anerkenntnisse als selbständige Klagbegründung nicht festgehalten worden, zumal die Momente, worauf dieselben gegründet, nur geeignet waren, den Klaggrund der unvordenklichen Verjährung zu unterstützen, so hatte sich die diesseitige Prüfung lediglich auf den letzeren, welchen L.R.S. 691 als einen noch bis zur Einführung des Landrechts giltigen Entstehungsgrund eines Weiderechts anerkannt, zu beschränken.

In dieser Beziehung ist in den

Entscheidungsgründen

zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 6. Juni 1868 ausgeführt:

„Obwohl nach dem Wesen dieser Erwerbsart, welche ihre gesetzliche Begründung in der über Menschengedenken bestehenden Dauer eines Rechtsverhältnisses findet, nicht nebenbei der Nachweis eines besonderen Titels erforderlich, indem jener so lange dauernde Besitzstand gerade die Stelle des Rechtstitels zu ersetzen bestimmt ist, — so kann doch im vorliegenden Falle der bloße Nachweis der Ausübung eines Weiderechts, wenn dieselbe auch über Menschengedenken vom Jahr 1810 zurückgerechnet, geschehen sein sollte, zum Erwerb eines solchen nicht als hinreichend erachtet werden. Nach gemeinem und nach badischem Recht beruhen nämlich die Gemeindeweiderechte, wenn sie sich — wie es hier der Fall sein soll — auf die ganze Gemarkung erstrecken, nur zum Theil auf privatrechtlichen Grunddienstbarkeiten, zum Theil dagegen auf dem öffentlichen Rechte, und nach Art. 42 des Gesetzes vom 31. Juli 1848, Reggsbl. LV., sind die Gemeindeweiden letzterer Art für erloschen erklärt.

Da hiernach ein Gemeindeweiderecht einen privatrechtlichen wie einen öffentlich-rechtlichen Character an sich tragen kann, so ist es unzuläßig, aus der bloßen Ausübung eines solchen schon an sich auch dessen privatrechtliche Eigenschaft zu folgern. Denn jene, an den langjährigen Besitz geknüpfte Vermuthung eines gesetzlich begründeten Erwerbes ist hier nicht für entscheidend zu erachten, weil eine Reihe von Weideberechtigungen, die auf gleiche Weise entstanden sein können, durch den angeführten Art. 42 aufgehoben sind und daher aus dem Besitzstand für sich allein, da er nicht mit Nothwendigkeit gerade auf eine privatrechtliche Dienstbarkeit bezogen werden muß, nicht entnommen werden kann, ob das fragliche Weiderecht unter die aufgehobenen und mithin gerichtlich nicht mehr verfolgbaren gehört, oder ob es den noch allein geduldeten Dienstbarkeitsrechten zu unterstellen ist.

Eine Vermuthung für die letztbezeichnete Eigenschaft läßt sich gesetzlich nicht begründen, dagegen steht den beklagten Grundeigenthümern die nach allgemeinen Grundsätzen und in L.R.Z.S. 544a begründete Vermuthung für die Freiheit ihres Eigenthums und gegen das Bestehen einer Beschränkung desselben durch eine Dienstbarkeit zur Seite, so daß eine derartige Beschränkung von der klagenden Gemeinde in der Weise nachgewiesen werden muß, daß nicht nur die Ausübung des Schaafweiderechts, sei es auch die längste Zeit hindurch, sondern noch weitere Merkmale dargethan werden,

welche dasselbe als ein Dienstbarkeitsrecht im Sinne des Art. 42 des Gesetzes von 1848 mit Sicherheit erkennen lassen.

Der Beweis, den die klagende Gemeinde für die Existenz des behaupteten Dienstbarkeitsrechts zu führen gesucht hat, ist aber in der zuletzt bezeichneten Richtung mißlungen. Wenn nämlich auch aus den Aussagen der Zeugen, welche jedoch vermöge ihres Alters nur über wenige Jahre, vom 1. Januar 1810 zurückgerechnet, aus eigener Wahrnehmung Auskunft zu ertheilen vermögen, in Verbindung mit den in das siebenzehnte Jahrhundert zurückreichenden und bis in die neueste Zeit fortgesetzten Gemeinderechnungen und anderen zahlreichen Urkunden zu entnehmen ist, daß schon Jahrhunderte hindurch und bis zu den letztverflossenen Jahren die klagende Gemeinde die Schäferei auf ihrer Gemarkung ausgeübt hat, so geben doch — abgesehen davon, daß aus dem Ergebnisse dieser Beweisführung der Umfang der Ausübung nicht für die ganze Verjährungszeit hinreichend erhellt — weder die Zeugenaussagen noch der Inhalt der Beweisurkunden Anhaltspunkte an die Hand, woraus mit Sicherheit oder auch nur mit einiger Wahrscheinlichkeit der wesentliche Umstand zu entnehmen ist, daß die klagende Gemeinde die Schäferei als eine ihr zustehende privatrechtliche Dienstbarkeit ausgeübt hat. Aus den angeführten Beweismitteln ergeben sich vielmehr verschiedene Momente, wonach das Schäfereirecht der Gemeinde keinen privatrechtlichen Charakter hat, sondern als Ausfluß eines Besteuerungsrechts derselben gegenüber ihren Gemarkungsgenossen, also als eine öffentlich-rechtliche Befugniß erscheint. Die Gemeinde hat nämlich die Schäferei nicht selbst betrieben, auch zur Schaafheerde keine eigenen Schaafe gestellt, sondern sie hat, statt die Gemeindebedürfnisse mittelst Umlagen zu decken, beim Mangel anderer Einnahmsquellen ein auf die ganze Gemarkung radicirtes Weiderecht entweder zum Vortheil der Gemeindekasse verpachtet, oder dasselbe durch die Güterbesitzer in der Art betreiben lassen, daß Jeder derselben eine gewisse Anzahl Schaafe stellen durfte, woraus sich die Heerde bildete, und auch bei dieser Ausübungsart die Erträgnisse des Weiderechts, welche in dem Pferch-Erlös bestanden, in die Gemeindekasse gezogen; dazu kommt, daß bei der zuletzt erwähnten Ausübungsart das Maaß der Theilnahme jedes einzelnen Güterbesitzers wandelbar war und jeweils durch Gemeindebeschluß nach dem Grundsteuerkapital festgesetzt wurde. Hieraus ergaben sich überwiegende Gründe für die Annahme, daß diesem auf sämmtliche Sondergüter der ganzen Gemarkung sich erstreckenden Gemeindeweidrechte die einzelnen Grundbesitzer nur wegen ihrer Zugehörigkeit zu dem Gemeinde- oder Gemarkungsverbande, nicht aber unter dem Gesichtspunkte einer auf ihrem Eigenthume lastenden, dasselbe beschränkenden Dienstbarkeit unterworfen waren. Es muß daher das angesprochene Weiderecht als in Folge des Art. 42 cit. erloschen angesehen werden, und stellt sich die klagender Seits zum Beweise benützte eventuelle Eideszuschiebung schon hiernach als unstatthaft dar. Red.

94.

Accis- und Ohmgeldschuldigkeit eines Wirthes in Bezug auf Wein, welchen er anläßlich der Uebernahme eines Wirthshauses von der bisherigen Wirthschaftsbesitzerin, seiner Mutter, mit dem Wirthschaftskeller käuflich übernimmt. Nach Umständen kann das für diesen Wein bereits von seiner Verkäuferin entrichtete Ohmgeld ihm zu gut gerechnet, und er deßhalb von der Unterschlagung des Ohmgeldes freigesprochen werden. Accisordnung von 1842 und Nachtrag dazu vom 9. April 1812 und Weinsteuerordnung vom 30. October 1858.

Gesetzliche Kraft des Nachtrags zur Accisordnung Beil. II. zum Reggsbl. No. 15 von 1812.

Gesetzesunwissenheit bei Weinsteuervergehen ist nach §. 109 der Accis-, beziehungsweise §. 109 der Zollordnung von 1812 zu beurtheilen; — dieselbe kann aber hiernach nur dann, wenn sie aus besonders erheblichen Umständen entschuldigt ist — berücksichtigt werden.

Was unter besonders erheblichen Umständen des §. 109 der Zollordnung zu verstehen sei; und ebenso ob die im concreten Fall festgestellten Umstände diesen Charakter haben; — ist Rechtsfrage.

Die Entscheidung dieser Frage begründet das Rechtsmittel des §. 373 Ziff. 7 der Str.P.O.

Die Gesetzesunwissenheit ist nicht zu den sogenannten **Gegenbeweisen** zu rechnen, von welchen in §. 99 der Zollordnung von 1812, §. 22 des Zollstrafgesetzes vom 3. August 1837 und §. 103 der Weinsteuerordnung vom 30. October 1858 — die Rede ist.

Ist bei dem nach §. 373 Ziff. 7 der Str.P.O. ergriffenen Rechtsmittel das Cassationsgericht durchaus auf die Prüfung der in dem Rechtsmittel **bezeichneten und angefochtenen** rechtlichen Punkte beschränkt?

In Anklagesachen
gegen
Schützenwirth K. **Brogli** von Säckingen,
wegen Weinsteuerunterschlagung,

waren obige Fragen zur Beurtheilung auch bei dem obersten Gerichtshofe gekommen, an welchen diese Sache **zwei Mal** gelangte.

Die Anklage war darauf gerichtet, daß der angeklagte Wirth, der von seiner Mutter das Wirthshaus und anderes Vermögen in dem Notariatsakte vom 14. Dezember 1866 übernommen hatte, im darauf gefolgten Monat Januar 1867 sich von dieser seiner Mutter aus deren bisherigen Wirthschaftskeller 72 Ohm 53 Maaß Wein käuflich habe übertragen lassen, ohne davon die Accise à $^{8}/_{10}$ kr. per Maaß, also 96 fl. und das Ohmgeld im gleichen Betrage zu entrichten, und derselbe daher außer der Nachzahlung dieser Steuer, noch in den vierfachen Betrag als Strafe zu verfällen sei.

Die Strafkammer zu Waldshut hatte durch Urtheil vom 19. November 1867 erkannt:

„daß der Angeklagte von der Anklage der Unterschlagung der Weinsteuer freizusprechen, dagegen zu einer Ordnungsstrafe von 10 fl., sowie zur Tragung der Kosten zu verfällen sei."

Die

Entscheidungsgründe

waren folgende:

„Durch das Geständniß des Angeklagten, übereinstimmend mit dem weiteren Ergebnisse der Hauptverhandlung, wird die richterliche Ueberzeugung dahin gewonnen, daß Ersterer zu Anfang des Jahres 1867 von 72 Ohm 53 Maaß Traubenwein, welchen er von seiner Mutter käuflich erworben hatte, Accis- und Ohmgeld von zusammen 193 fl. 24 kr. zu entrichten unterließ.

Hierin sind, wenn diese Unterlassung in der Absicht geschah, die fragliche Weinsteuer dem Forderungsberechtigten vorzuenthalten, sämmtliche Merkmale einer Weinsteuerunterschlagung im Sinne des §. 94 Ziff. 2 der Weinsteuerordnung enthalten. Diese Absicht bedarf nach den über Steuervergehen geltenden Grundsätzen keines besonderen Nachweises, da sie aus der Unterlassung der Weinsteuerentrichtung so lange von selbst erhellt, bis das Abhandensein der Absicht gegenbeweislich dargethan ist. Ueber die Zulässigkeit eines solchen Gegenbeweises kann ein Zweifel nicht obwalten, weil dieselbe schon aus den nach der Natur der Sache auch hier anwendbaren allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen hervorgeht, und dieselbe überdies in der besonderen Bestimmung des §. 103 der Weinsteuerordnung vom 30. October 1858 ausdrücklich anerkannt ist.

In dem vorliegenden Falle hat nun der Angeklagte glaubhaft zu machen vermocht, daß seine Absicht keineswegs auf Vorenthaltung der fraglichen Weinsteuer gerichtet war, sondern daß er nur in Folge einer durch andere Personen veranlaßten irrigen Unterstellung der Accisfreiheit des von seiner Mutter ihm gelegentlich der Wirthschaftsüberlassung verkauften Weines die Verletzung der sonst immer redlich erfolgten Weinsteuerentrichtung sich zu Schulden kommen ließ, und sonach eine auf Verübung einer Weinsteuerunterschlagung gerichtete Absicht bei der Unkenntniß des Angeklagten, bezüglich seiner in diesem Falle begründeten Accispflicht ausgeschlossen ist.

Hiernach erscheint der Angeklagte hinsichtlich des ihm zur Last gelegten Vergehens der Weinsteuerunterschlagung als schuldfrei.

Da derselbe aber immerhin durch Unterlassung der ihm obliegenden Vergewisserung über seine vermeintliche Accisfreiheit sich eine ihm zur Schuld anzurechnende Nachlässigkeit beikommen ließ, so wurde nach Art. 5 des Gesetzes vom 22. Juni 1837 und §. 109 der Weinsteuerordnung eine Ordnungsstrafe für angemessen erachtet.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht der obigen Gesetzesstellen, sowie der Art. 1. 2 Ziff. 2b und 11 des Gesetzes vom 19. März 1858 die anderweite Be-

stimmung der Accise und des Ohmgeldes von Wein betreffend, und bezüglich der Kosten des durch schuldhaftes Verhalten des Angeklagten veranlaßten Strafverfahrens in Gemäßheit des §. 430 der Str.P.O. wurde, wie geschehen, erkannt." —

Die Staatsanwaltschaft erhob hiegegen die Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 373 Ziff. 7 der Str.P.O., weil es in Steuerstrafsachen, wenn objectiv die Merkmale des Vergehens vorhanden seien, auf die Absicht des die Steuerentrichtung Unterlassenden in der Regel nicht ankomme, im Hinblick auf §. 73 des Strafgesetzbuchs und §. 11 des Polizeistrafgesetzbuches — höchstens eine entschuldbare Rechtsunwissenheit Berücksichtigung finden könnte, eine solche aber nicht festgestellt sei. Der Angeklagte hatte sich in seiner schriftlichen Erklärung auch auf §. 109 der Accisordnung vom 2. Januar 1812, beziehungsweise §. 109 der Zollordnung vom 4. Januar 1812 bezogen.

Von großh. Oberhofgericht wurde nun durch Urtheil vom 11. Januar l. J. das Urtheil der Strafkammer Walshut aufgehoben und die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an großh. Kreis- und Hofgericht Freiburg, Strafkammerabtheilung Lörrach, verwiesen, aus folgenden

Gründen:

Die Nichtigkeitsbeschwerde des großh. Staatsanwaltes gegen das den Angeklagten freisprechende Urtheil der großh. Strafkammer ist darauf gebaut, daß die Strafkammer, obwohl sie die Merkmale einer Weinsteuerdefraudation an sich als vorhanden annahm, doch gegen gesetzliche Bestimmungen die Berufung des Angeklagten auf Rechtsunwissenheit schlechthin zugelassen und als Grund zur Freisprechung des Angeklagten von jenem Vergehen — behandelt habe. Diese im Hinblick auf §. 373 Ziff. 7 und 375 Ziff. 2 an sich zulässige Beschwerde — erscheint auch begründet.

Es kommt zwar bei der vorwürfigen Anschuldigung eines Vergehens gegen die Accis- und Steuergesetze zunächst nicht der §. 73 des allgemeinen Strafgesetzbuches zur Anwendung, indem nach §. 5 Ziff. 5 des Einführungsgesetzes vom 5. Februar 1851 zum Strafgesetzbuch — für die Vergehen der bemerkten Gattung die deßfallsigen besonderen Gesetze beibehalten wurden; es erscheint daher der §. 109 der Zollordnung vom 2. Januar 1812, welcher durch den §. 109 der Accisordnung vom 4. Januar 1812 in letzteres Gesetz herübergenommen ist, auch jetzt noch als maaßgebend, da die Accisordnung in dieser Hinsicht bis jetzt durch kein Gesetz abgeändert worden ist. Allein auch der angezogene §. 109 der Zollordnung stellt als Regel auf, daß Unwissenheit der Gesetze denjenigen, der die Gesetze hätte wissen können und sollen, nicht entschuldige, und will eine deßfallsige Entschuldigung nur ausnahmsweise bei „besonders erheblichen Umständen" zugelassen wissen.

Die Strafkammer hat aber nach ihren Entscheidungsgründen, wie sich aus einem Zusammenhalt der verschiedenen Sätze derselben ergibt, den Umstand, daß der Angeklagte sich in Rechtsunwissenheit befunden habe, schlechthin und ohne Rücksicht darauf, ob die Rechtsunwissenheit durch besonders erhebliche Umstände entschuldigt gewesen sei, für genügend erachtet, um die Strafbarkeit desselben zu beseitigen, und hat also in dieser Hinsicht die gesetzliche Vorschrift des angeführten §. 109 der Zoll-, beziehungsweise der Accisordnung verletzt.

Die Ansicht der Strafkammer kann auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, daß der Nachweis der Rechtsunwissenheit unter den Gesichtspunkt eines Gegenbeweises im Sinne des §. 103 der Weinsteuerordnung vom 30. October 1858 (Reggsbl. No. 52) gestellt werden will. Denn abgesehen davon, daß der angeführte §. 103 speciell nur von Weinhändlern redet, wozu der Angeklagte nicht gehört, so sind unter den dort erwähnten Gegenbeweisen nach der Natur der Sache und nach den Grundsätzen der Steuerstrafgesetze, wie namentlich des Zollstrafgesetzes vom 3. August 1837 (Reggsbl. No. 30) in §. 22 Abs. 2 gegenüber dem §. 17, und der Zollordnung von 1812 in §. 109 gegenüber dem §. 99 und 110 u. dgl., — ganz andere faktische Momente zu verstehen, und nicht der Zustand der Rechtsunwissenheit auf Seite des Angeklagten; auch ist die Rechtsunwissenheit der Abgabepflichtigen in der Weinsteuerordnung überall nicht mehr erwähnt.

Dagegen kann in den Entscheidungsgründen der Strafkammer nicht schon eine genügende Feststellung darüber gefunden werden, ob hier im Sinne des mehrerwähnten § 109 der Zollordnung von 1812 besonders erhebliche Umstände für eine Entschuldigung der Rechtsunwissenheit des Angeklagten als vorhanden anzunehmen seien; indem die Entscheidungsgründe,

in welchen jener §. 109 der Zollordnung gar nicht in's Auge gefaßt ist, nur nebenbei und in anderer Richtung einige vorgekommene Umstände und nicht in eingehender Weise, wie es für eine Beurtheilung nach dem erwähnten §. 109 der Zollordnung erforderlich wäre, angeführt haben.

Es war daher das Urtheil der Strafkammer nach §. 385 der Str.P.O. aufzuheben, und zugleich die Sache an ein anderes gleichstehendes Gericht zur Verhandlung und Entscheidung zu verweisen, wobei das Erkenntniß über die Kosten dem s. Z. endgiltig ergehenden Urtheile vorzubehalten ist." —

Das Gericht, an welches die Sache hiernach verwiesen war, die Strafkammer zu Lörrach sprach nun durch Urtheil vom 21. Februar 1868 aus:

„der Angeklagte wird von der erhobenen Anklage und von den Kosten des Strafverfahrens freigesprochen."

Dieselbe war hiebei davon ausgegangen, daß zur Ohmgeldentrichtung gemäß Art. 4 der Ohmgeldsordnung vom 6. März 1812 an sich keine Schuldigkeit vorhanden gewesen sei; daß zur Acciseentrichtung zwar die Pflicht vorgelegen habe, allein eine nach §. 109 der Accisordnung, beziehungsweise §. 109 der Zollordnung entschuldbare Rechtsunwissenheit auf Seite des Angeklagten aus den festgestellten Umständen hervorgehe, und eine absichtliche Defraudation nicht vorliege.

Auch hiergegen ergriff die Staatsanwaltschaft die Nichtigkeitsbeschwerde nach §. 373 Ziff. 7 der Str.P.O., indem der Angeklagte nach der Finanzministerialverordnung vom 2. Febr. 1813 No. 384 und §. 10 u. 24 der W.St.O. vom 30. Okt. 1858 auch ohmgeldpflichtig gewesen sei; und die Strafkammer den §. 109 d. A.O., beziehw §. 109 der Zollordn. unrichtig auf die in den Entscheidungsgründen festgestellten Thatsachen angewendet, nämlich irrig in diesen „besonders erhebliche Umstände" zur Entschuldigung einer Gesetzesunwissenheit des Angeklagten angenommen habe.

Von großh. Oberhofgericht wurde unterm 18. April 1868 auch das Urtheil der Strafkammer Lörrach vom 21. Febr. v. J. aufgehoben und zu Recht erkannt:

„Der Angeklagte Carl Brogli sei von der Anschuldigung der Unterschlagung des Ohmgeldes für 72 Ohm 53 Maaß Traubenwein freizusprechen, dagegen der Unterschlagung der Accise für jenes Weinquantum zu $^8/_{10}$ kr. per Maaß schuldig zu erklären, und deßhalb zur Nachzahlung des Betrags dieser Abgabe mit 96 fl. 42 kr. und zur Zahlung des vierfachen Betrags derselben mit 386 fl. 48 kr. als Strafe, sowie zur Tragung der Kosten des Strafverfahrens zu verurtheilen."

Entscheidungsgründe.

Das Urtheil der großh. Strafkammer zu Lörrach, durch welches der Angeklagte von der Anklage der Unterschlagung der Weinaccise und des Ohmgeldes freigesprochen wurde, ist von der großh. Staatsanwaltschaft in zwei Punkten aus dem Grunde unrichtiger Gesetzes-Auslegung und Anwendung, Ziff. 7 des §. 373 der Str.P.O. — mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten.

I. Der erste Theil der Beschwerde ist nämlich dagegen gerichtet, daß die Strafkammer vorweg schon die Schuldigkeit des Angeklagten zur Entrichtung des Ohmgeldes von dem fraglichen Wein in Abrede gezogen und also schon hierin einen Grund zur Freisprechung des Angeklagten von der Anschuldigung, soweit diese auf eine Unterschlagung des Ohmgeldes gerichtet ist, gefunden hat. In dieser Beziehung erscheint nun die Nichtigkeitsbeschwerde nicht als begründet.

Der fragliche Wein war dem Angeklagten, welcher Wirth ist, von seiner Mutter, die bis dahin ebenfalls Wirthin war, aus dem Wirthschaftskeller käuflich überlassen worden; es war also Wein, von welchem bereits von der Verkäuferin die Steuer, nämlich die Accise und auch das Ohmgeld entrichtet war. Es ist nun allerdings durch die Ohmgeldsordnung vom 6. März 1812 in Art. 2 und 3 als Regel aufgestellt, daß von Weinen, welche Wirthe in ihre Wirthschaftskeller einlegen, Ohmgeld für die Staatskasse zu erheben sei, allein aus dem angeführten Art. 2 und weiter aus Art. 4 und 8 daselbst ergibt sich zugleich der Grundsatz, daß von einem bestimmten Quantum Wein überhaupt nur einmal Ohmgeld zu entrichten ist, und diese Abgabe definitiv auf jener Hand ruht, durch welche der Ausschank des Weines geschieht, ein Grundsatz, welcher bekanntlich bei der Accise von Wein nicht gilt, welche vielmehr gemäß §. 14 und 16 der Acc.Ordg. vom 4. Januar 1812 und Abs. 2 lit. a der Modifikationen dazu in Beil. II. zu Reggsbl. Nr. 15, von 1812 — von demselben Quantum Wein successive in verschiedenen Händen mehrmals zur Entrichtung kommen kann. Es könnte

sich nun fragen, in welcher Weise jener für das Ohmgeld bestehende Grundsatz für den Fall, wo ein Wirth von einem andern Wirthe bereits verohmgeldeten Wein (aus dem Wirthschaftskeller) im Großen erkauft, in Ausführung gebracht werden solle, ob nämlich, wie Art. 4 der Ohmgeldordnung besagt, dadurch, daß nun der kaufende Wirth von weiterer Entrichtung von Ohmgeld befreit bleibt, oder wie die bemerkten Modificationen vom 9. April 1812 zur Accis- und Ohmgeldordnung in Abs. 2 anführen, dadurch, daß der verkaufende Wirth das von ihm erlegte Ohmgeld rückvergütet erhält, und der neue Erwerber nun auf eigene Rechnung das Ohmgeld zu entrichten habe; insofern nämlich die zuletzt erwähnte Stelle der Modifikationen zur Accis- und Ohmgeldordnung ausdrücklich nur den Art 8 und nicht auch den Art. 4 der Ohmgeldordnung anzieht, der bemerkte Art. 8 aber nicht gerade von dem Fall handelt, wo ein Wirth an einen andern Wirth Wein (im Großen) verkauft. Allein wenn man auch, wie die Verordnung des großh. Finanzministeriums vom 2. Februar 1813 Nr. 384 thut, jene Bestimmungen dahin auffaßt, daß in dem erwähnten Fall der Verkäufer das Ohmgeld rückvergütet zu erhalten, und der Käufer dasselbe auf eigene Rechnung zu entrichten habe; so bleibt es doch auch hier bei dem vorausgestellten Grundsatze, daß das Ohmgeld von solchem Weine nur einmal in die Staatskasse zu erlegen ist. Dieser Verpflichtung geschieht aber nun im Wesentlichen auch dadurch Genüge, daß das bereits erlegte Ohmgeld bei einem solchen Rechtsübergang des Weines nach Einverständniß der beiden Vertragstheile in der Staatskasse gelassen wird; es ist damit für die Staatskasse dasselbe erreicht, als wenn das Ohmgeld von dem Verkäufer zurückgenommen, und seinerseits von dem Käufer wieder eingezahlt worden wäre. Es war aber hier der Wille der beiden Vertragstheile, daß das bereits entrichtete Ohmgeld nicht als Rückvergütung in die Hand der Verkäuferin zurückgelangen, sondern dem Käuier als Deckung der bestehenden Ohmgeldschuldigkeit zu gut kommen sollte. Es erscheint dies durch die Entscheidungsgründe der Strafkammer, und insbesondere auch durch die dort angeführte Aeußerung des Zeugen Löwenwirthes Xaver Billinger von Säckingen hergestellt, aus welcher sich ergibt, daß die Betheiligten annahmen, daß die bereits geschehene Versteuerung des Weines dem Käufer zu gut kommen sollte. Hiernach konnte es sich bei der Unterlassung weiterer Schritte von Seite des Angeklagten und gleichzeitig von Seite der Verkäuferin hinsichtlich des Ohmgeldes nicht um eine Unterschlagung dieser Abgabe zum Nachtheile der Staatskasse handeln, und ist also der Angeklagte mit Recht von diesem Theil der Anschuldigung freigesprochen worden

Was die Schuldigkeit des Angeklagten zur Entrichtung der Accise von dem fraglichen Wein betrifft, so hat die Strafkammer, diese Schuldigkeit als für den Angeklagten im Gesetze begründet angenommen. Diese Schuldigkeit ergibt sich auch aus der, in den Entscheidungsgründen derselben ausgeführten Eigenschaft des in Frage stehenden Rechtsgeschäftes als eines Kaufvertrages über fraglichen Wein und aus den §§. 14 und 16 der Accisordnung vom 4. Januar 1812 und Abs. 2 lit. a der Modifikationen zu denselben vom 9. April 1812, wodurch die frühere Bestimmung in §. 15 Abs 1 a. E. der Accisordnung abgeändert worden ist. Es erscheint auch nicht als stichhaltig, wenn der Vertheidiger des Angeklagten in der Verhandlungstagfahrt gegenwärtiger Instanz die Rechtsgiltigkeit der ebenerwähnten Modificationen zur Accisordnung zu beanstanden und folgeweise auf Grund der ursprünglichen Bestimmung in §. 15 der Accisordg. die Befreiung des Angeklagten auch von der Schuldigkeit zur Entrichtung der Accise von fraglichem Wein geltend zu machen versuchte. Die bemerkten Modificationen, Erläuterungen und nachträglichen Bestimmungen," wie ihre Ueberschrift lautet, sind nämlich auf die Accisordnung vom 4. Januar 1812 sofort unterm 9. April 1812 nachgefolgt; sie sind im großh. Reggsbl., gleich wie die Accisordnung selbst, verkündet, und zwar durch dieselbe großh. Staatsstelle, wie die Accisordnung selbst, nämlich durch großh. Finanzministerium, und wenn auch bei der letzteren Verkündung nicht, wie bei der Verkündigung der Accisordnung, der Beisatz, daß die Verkündung auf besondern Allerhöchsten Befehl geschehe, ausdrücklich wiederholt ist, so ergibt sich doch aus allen bemerkten Umständen, daß diesen Nachträgen dieselbe Kraft wie der Accisordnung selbst, beigelegt wurde.

Wie nun nach Einführung der Staatsverfassung vom 22. August 1818 die Giltigkeit dieser Bestimmungen nie von den Factoren der Gesetzgebung beanstandet, vielmehr z. B. in dem prov. Gesetze vom 23. October 1846 Art. 1 Abs. 2, Reggsbl. Nr. 45, und

ähnlich in dem Gesetze vom 22. Juni 1826 Reggsbl. Nr. 17 — ausdrücklich anerkannt und vorausgesetzt wurde, und jene Bestimmungen auch wieder in die landesherrliche Verordnung vom 30. October 1858 §§. 24 ff. aufgenommen sind; ebenso hat auch die Rechtsprechung die Giltigkeit jener Modifikationen zur Accisordnung beharrlich festgehalten.

Es steht daher, wie auch die Strafkammer angenommen hat, fest, daß der Angeklagte durch Unterlassung der Veraccisung jenes Weines, welcher keineswegs unter die Accisbefreiungsfälle des §. 16 der Accisordnung gehört, dem Gesetz zuwider gehandelt hat.

II. Daß nun der Angeklagte dessenungeachtet von der Strafkammer straflos gelassen wurde, bildet die weitere Beschwerde der Staatsanwaltschaft. Die Strafkammer hat nämlich nicht nur angenommen, daß der Angeklagte sich in Wirklichkeit in Gesetzesunwissenheit über seine Weinsteuerpflicht befunden habe, sondern sie hat auch ausgesprochen, daß diese Gesetzesunwissenheit des Angeklagten durch besonders erhebliche Umstände entschuldigt sei, wie §. 109 der Accisordg. und beziehungsweise §. 109 der Zollordg. von 1812 voraussetzen. Insoferne nun die Strafkammer gewisse Umstände als bei jenem Weinverkaufe vorgekommen annimmt und feststellt, unterliegt dies allerdings als zur Thatfrage gehörig, nicht der höheren Prüfung. Allein ob die festgestellten Umstände überhaupt und zwar in hohem Grade geeignet waren, den Angeklagten in Gesetzesunkenntniß zu halten, und ob den Angeklagten so wenig eigene Verschuldung treffe, wie dieses beides im Gesetze mit dem Ausdruck „besonders erhebliche Umstände" verlangt ist; dies sind Fragen, welche die rechtliche Qualification der festgestellten Thatumstände betreffen, und können daher der weiteren Prüfung des obersten Gerichtshofes gemäß der Ziff. 7 des §. 373 der Str.P.O. unterzogen werden.

Man vergl. die Commissionsberichte der I. Kammer mitgetheilt in Ammann, Erl. zur Str.P.O. §. 373 Anm. 11 und

Prot. der I. K. zu §. 371 der Str.P.O. S. 197—198.

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft in dieser Richtung erscheint daher als zulässig, und sie erscheint zugleich in der Sache selbst als gegründet.

Wenn man nämlich für Steuervergehen oder für die ähnlich behandelten Polizeivergehen in Abweichung von der Regel des gemeinen Strafrechts, man vergl. §. 73 des Str.G.B. und auch §. 17 des Zollstrafgesetzes vom 3. August 1837, Reggsbl. Nr. 30 S. 283, - die Gesetzesunwissenheit nicht schlechthin von jeder Berücksichtigung ausschließt, so werden doch die Umstände, aus welchen man eine solche ausnahmsweise Berücksichtigung zuläßt, auf einen engen Kreis beschränkt. Es wird hauptsächlich unter solche Umstände gerechnet, wenn es dem Betreffenden unmöglich war, sich Kenntniß des Gesetzes zu verschaffen,

man vergl. Weiske, Rechtslexikon Bd. V. S. 812,

und es wird dabei insbesondere auf Ausländer abgehoben, wie auch der Commissionsbericht der I. Kammer zu §. 68, jetzt §. 73, des Str.G.B. selbst bei Polizeivergehen eine Rechtsunwissenheit nur etwa einem Ausländer, keinenfalls aber einem Inländer nachgesehen wissen will.

Man vrgl. auch Köstlin, System des Str.R. §. 113 und Anm. 3 und §. 68 Anm. 3 S. 376 ff. und 178.

Es sind also auch Umstände dieser oder ähnlicher außergewöhnlicher Art darunter zu verstehen, wenn die Zollordnung von 1812 nur unter besonders erheblichen Umständen eine Gesetzesunwissenheit berücksichtigt wissen will.

Es kommt aber hier zu Ungunsten des Angeklagten noch der Umstand in Anschlag, daß derselbe schon mehrere Jahre seiner Mutter die Wirthschaftsgeschäfte besorgen half, und damals für sich die Wirthschaft eröffnete, daß aber nach der Natur der Sache und nach den Gesetzen von einem Gewerbtreibenden um so mehr erwartet werden muß, daß er sich um die seinen Gewerbebetrieb betreffenden Vorschriften erkundige, und also eine Sorglosigkeit hierin schwerer nachgesehen werden kann. Die Aeußerungen nun, welche die Wirthe Villinger und Bärmann bei der Abschätzung des Weines auch hinsichtlich der Accispflicht machten, zeigten an sich schon, daß diese beiden Wirthe selbst ihrer Sache nicht völlig gewiß waren, wie sie auch in ihrer Ansicht nicht sofort übereinstimmten. Durch diese Aeußerungen, sowie durch eine Aeußerung eines anderen Bürgers konnte der Angeklagte sich nicht der Obliegenheit überhoben erachten, sich über die Accispflicht genauer, insbesondere bei der ihm zugänglichen, im Orte selbst befindlichen Steuerbehörde zu verlässigen. Eben dies wäre ihm auch obge-

legen, wenn es sich fragte, ob das Rechtsgeschäft, mit welchem übrigens jene Weinüberlassung nicht in unmittelbarer Verbindung stand, unter die Accisbefreiungsfälle des §. 16 der Accisordg., beziehungsweise die §§. 24. 25 und 26 der Weinst.Ordg. vom 30. Oktober 1858 gezogen werden könnte; und wäre ein Rechtsirrthum über den civilrechtlichen Character des Geschäftes auch im Hinblick auf die desfallsige Bestimmung des Civilrechts, L.R.S. 1b, nicht so leicht zu entschuldigen.

Wenn daher auch nach der Feststellung der Strafkammer bei dem Angeklagten der Zustand der Gesetzesunwissenheit an sich als vorhanden angenommen werden muß, so bieten doch die dabei behufs der Entschuldigung dieser Unwissenheit festgestellten Umstände keinen solchen besonders erheblichen Character dar, wie der §. 109 der Zoll- und beziehungsweise §. 109 der Accisordnung voraussetzen, und es ist daher nach diesen Gesetzesbestimmungen eine Straflosigkeit des Angeklagten nicht gerechtfertigt.

Wenn die Entscheidungsgründe der Strafkammer noch bemerken, daß eine absichtliche Defraudation nicht vorliege; so verliert dies bei der Annahme der Gesetzesunwissenheit auf Seite des Angeklagten alle Erheblichkeit, indem bei Jemanden, der überhaupt nichts davon weiß, daß für den betreffenden Fall eine Accispflicht bestehe, — weder von einem Willen, der auf die Erfüllung, noch von einem solchen, der auf die Unterlassung jener Obliegenheit für den concreten Fall gerichtet gewesen wäre, die Rede sein kann. Nach der Regel der Steuergesetze genügt es, daß der Angeklagte die Weineinkellerung (beziehungsweise die Ueberweisung des Weines) bewirkte, ohne zugleich die Accise zu entrichten, indem schon an die Vornahme jenes Aktes, wenn sie mit Unterlassung der Veraccisung geschieht, gesetzlich die Strafe geknüpft ist. Wenn man hiebei Gegenbeweise im Sinne etwa des §. 99 der Zollordnung von 1812 oder des §. 22 des Zollstrafgesetzes vom 3. August 1837 oder des §. 103 der mehrerwähnten Weinsteuerordnung vom 30. October 1858 u. dgl. als zulässig erachten will, so bestehen diese, wie insbesondere aus §. 18 des Zollstrafgesetzes vom 3. August 1837 in Vergleichung mit dem §. 22 daselbst sich ergibt, keinenfalls in einem Berufen auf bloße Gesetzesunwissenheit, und wären in anderer in jenen Gesetzen verstandener Richtung keine geltend gemacht und festgestellt.

Es war daher die Strafe der Unterschlagung der Accise nach §. 100 Ziff. 1 und §. 101 der Accisordnung und Art. 2 Ziff. 2 lit. b des Gesetzes vom 19. März 1858, womit auch die §§. 94 und 96 der Weinsteuerordnung vom 30. October 1858 übereinstimmen, anzusetzen.

Die Verurtheilung des Angeklagten in die Kosten versteht sich nach §. 426 der Str.P.O.

Anmerkung.

In formeller Hinsicht wirft sich bei diesem Falle die auch schon in andern Fällen in Anregung gekommene Frage auf, in welchem Umfange der oberste Gerichtshof die rechtliche Begründung eines nach §. 373 Ziff. 7 der Str.P.O. angefochtenen Urtheils zu seiner Prüfung ziehen könne, insbesondere ob er dabei etwa auf die Prüfung jener Rechtsgründe, welche von dem Beschwerdeführer als unrichtige Gesetzesauslegung und Anwendung bezeichnet sind, beschränkt sei.

Von dem ersten erkennenden Gerichte (der Strafkammer Waldshut) war nämlich ausweislich der Entscheidungsgründe die Accis- und Ohmgeldspflichtigkeit des Angeklagten an sich als vorhanden angenommen, und die Freisprechung nur wegen der Gesetzesunwissenheit des Angeklagten, die als durchschlagender Entlastungsgrund betrachtet wurde, erkannt worden. Auch in dem selbstverständlich nur von Seite des Staatsanwalts ausgegangenen Rechtsmittel war nur diese letztere Auffassung des erkennenden Gerichtes als Beschwerdegrund nach Ziff. 7 des §. 373 der Str.P.O. geltend gemacht. Dessenungeachtet konnte aber die Cognition des obersten Gerichtshofes nicht auf die Prüfung dieses Beschwerdepunktes beschränkt, und von der Prüfung aller anderen hinsichtlich des Thatbestandes des angeschuldigten Vergehens etwa sich erhebenden Fragen von rechtlicher Natur ausgeschlossen sein; denn eine Folge eines solchen Grundsatzes würde hier sein, daß der oberste Gerichtshof, wenn er nach dem Antrag der Beschwerde die Rechtsunwissenheit nicht als Entschuldigungsgrund zulässig erachtet hätte, auf Grund der übrigen, von keiner Seite angefochtenen rechtlichen Anschauung der Strafkammer wegen Weinsteuerunterschlagung hätte verurtheilen müssen, selbst wenn der oberste Gerichtshof die Rechtsansicht der Strafkammer, daß die

Accis- und Ohmgeldspflicht an sich hier begründet gewesen sei, nicht getheilt haben würde. Offenbar kann bei der nach der Ziff. 7 des §. 373 der Str.P.O. vorzunehmenden rechtlichen Beurtheilung, ob eine unrichtige Gesetzesauslegung oder Anwendung statt gehabt habe, der hiefür von dem Beschwerdeführer hervorgehobene Punkt nicht ganz isolirt und unabhängig für sich behandelt werden. In diesen Fällen, in welchen nach Ziff. 7 des angeführten §. 373 und Abs. 2 des §. 385 der Str.P.O. der inneren Natur gemäß nicht ein einfaches Cassations-, sondern ein Rekurs-Erkenntniß zu geben ist, erscheint vielmehr durch das ergriffene Rechtsmittel an den oberen Gerichtshof überhaupt die Frage devolvirt, ob der Beschwerdeführer durch das ergangene Urtheil, soweit es dabei auf rechtliche Fragen ankommt, beschwert sei.

Wenn daher im vorwürfigen Falle der oberste Gerichtshof auch das von der Strafkammer angenommene Moment (die Gesetzesunwissenheit des Angeklagten) nicht für richtig, und daher die hiergegen gerichtete Anfechtung der Staatsanwaltschaft für begründet erkannt, aber einen andern Rechtsgrund für Rechtfertigung des freisprechenden Urtheils als vorhanden erachtet hätte, z. B. daß gesetzlich im vorwürfigen Falle gar keine Accis- oder Ohmgeldsentrichtung geboten gewesen sei: so würde derselbe in der Lage gewesen sein, das angefochtene freisprechende Urtheil der Strafkammer, unter Verwerfung der erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde, aufrecht zu erhalten. Derselbe Grundsatz besteht ja auch bei Berufungen gegen Civilurtheile, welche in der Berufungsinstanz aufrecht erhalten werden, obschon die von dem erkennenden Gerichte aufgestellten und von dem Appellanten bekämpften Gründe als unrichtig erkannt werden, wenn nur außerdem andere Gründe vorhanden sind, aus welchen das ergangene Urtheil sich rechtfertigt. (Nicht bestimmt erscheint diese Frage entschieden bei Plank, deutsch. Strafverfahren S. 516 vgl. mit S. 518 Ziff. 3 a. E. und Ziff. 4.)

Die Obliegenheit für den Beschwerdeführer, beziehungsweise Nichtigkeitskläger im Falle der Ziff. 7 des §. 273 der Str.P.O., die Momente, in welchen er eine unrichtige Gesetzesauslegung oder Anwendung finden will, genauer anzugeben, würde immerhin nach §. 377 Abs. 2 der Str.P.O., wie nach §. 1135 Ziff. 2 der Civ.P.O. für Civilsachen, bestehen bleiben.

Das großh. Oberhofgericht hat sich bei der Verweisung der Sache nach §. 385 Abs. 2 der Str.P.O. an das Kreisgericht Lörrach nicht darüber ausgesprochen, ob es für den vorwürfigen Fall die Accis- und Ohmgeldspflicht an sich als vorhanden annehme; es mußte aber die bejahende Ansicht vorausgesetzt werden, da es bei einer verneinenden Ansicht gar nicht mehr darauf hätte ankommen können, ob der Angeklagte in entschuldbarer Gesetzesunwissenheit sich befunden habe oder nicht, und doch über letzteren Punkt ausdrücklich eingehendere neue Verhandlung und Entscheidung mit jener Verweisung angeordnet worden war. Jedenfalls war aber nicht näher ausgesprochen, ob das großh. Oberhofgericht sowohl die Accis- als auch die Ohmgeldspflicht als vorhanden vorausgesetzt habe, und es bildete also keinerlei Conflikt mit dem oberhofgerichtlichen Urtheile, wenn die Strafkammer Lörrach abweichend von der Strafkammer Waldshut wenigstens die Ohmgeldspflicht nicht als vorhanden angenommen hat. Andernfalls wenn nämlich das Oberhofgericht ausdrücklich in seinen Entscheidungsgründen zum Verweisungserkenntniß sowohl die Accis- als auch die Ohmgeldspflicht als vorhanden erklärt gehabt hätte, würde die weitere Frage entstanden sein, ob dann die Verweisung der Sache nur hinsichtlich des bestimmt bezeichneten Momentes (des Vorhandenseins von Entschuldigungsumständen für die Gesetzesunwissenheit), als erfolgt zu betrachten gewesen wäre, oder ob die Strafkammer Lörrach auch wieder die Frage der Accis- und Ohmgeldpflicht als eine offene hätte behandeln und nach seinem Ermessen entscheiden können. Betzinger.

95.

Derjenige, welcher an einen Dritten, als den Gewalthaber des Gläubigers gezahlt hat, kann von Letzterem gerichtlich die Anerkennung der Gültigkeit dieser Zahlung verlangen.

Ein Austragsvertrag kann auch stillschweigend geschlossen werden.

Von Dritten kann schriftlicher Beweis für einen, zwischen Gewaltgeber und Gewalthaber geschlossenen Vertrag nicht gefordert werden. L.R.S. 1985. 1341. 1353. 1348.

In Sachen

des Christian Hilbiber und Genossen von

Reuthe, Kläger, Appellanten, Oberappellaten

gegen

Joseph Zivi in Freiburg, Beklagten, Appellaten, Oberappellanten,

Anerkennung von Zahlungen betr.,

hatte das großh. Kreis- und Hofgericht Freiburg, Civilkammer, am 29. März 1267, No. 1111, erkannt:

„die erhobene Klage findet nicht statt, unter Verfällung der Kläger in die Kosten."

In den oberen Instanzen wurde jedoch die Klage zugelassen, da die Kläger an alsbaldiger gerichtlicher Entscheidung der Frage, ob die von ihnen an Salomon Goldschmidt geleisteten Zahlungen dem Beklagten gegenüber gültig sind, ein rechtliches Interesse haben, da diese Frage ein unter den Parteien streitiges Rechtsverhältniß im Sinne des §. 256 der Pr.O. betrifft und deßhalb die erhobene Klage auch ohne vorausgegangene Rechtsverletzung als formell zulässig erscheint.

Das Urtheil des Appellationssenats desselben Gerichtshofs vom 26. November 1867, No. 3433, erklärte den Beklagten für schuldig, in Bezug auf die, in der Klage vom 5. März d. J. unter Ziff. I. 1 bis 15 und 17 und Ziff. II. 1 bis 11 aufgeführten Zahlungen, welche auf die Forderungen des Beklagten an die Kläger von Seiten der Letzteren an Salomon Goldschmidt in Emmendingen geleistet worden sind, anzuerkennen, daß der gedachte Salomon Goldschmidt zur Empfangnahme der angegebenen Geldbeträge für den Beklagten ermächtigt gewesen sei, und daß somit diese Zahlungen auf die dem Beklagten an die Kläger zustehenden Forderungen in Aufrechnung zu bringen seien.

Auf die vom Beklagten ergriffene Oberappellation wurde vom 26. Mai 1868 von großh. Oberhofgerichte bestätigend erkannt.

Entscheidungsgründe:

Die Abschließung des Auftragvertrags ist in dem Landrecht an keine bestimmte Förmlichkeit gebunden, es kann daher nach den allgemeinen Grundsätzen desselben über die Ertheilung der Einwilligung bei Verträgen eine Bevollmächtigung nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen, was insbesondere noch dadurch bestätigt wird, daß das Gesetz selbst (vrgl. L.R.S. 1922. 1578. 1998) stillschweigende Mandate anerkennt.

Die Richtigkeit dieser Ansicht wird auch in der Wissenschaft jetzt nicht mehr bezweifelt.

Zachariä, Handbuch II. §. 411 und Note 2.
Aubry et Rau III. p. 460.
Troplong du mandat nro. 114 ff.
Dalloz, „mandat" nro. 167 ff.
Pont (Fortsetzung von Marcadé) I. nro. 844 ff.

Bezüglich des Beweises der Bevollmächtigung bestimmt zwar das Landrecht im Satz 1985, daß die Zulässigkeit des Zeugenbeweises nach den Vorschriften des Titels von Verträgen und den daraus entspringenden Rechten und Verbindlichkeiten beurtheilt werden muß, so daß, wenn ein die Summe oder den Werth von 75 fl. — übersteigender Streitgegenstand in Frage ist, nach den L.R.S. 1341 und 1353 der Beweis durch Zeugen und durch Vermuthungen in der Regel ausgeschlossen ist. Allein in dem gegenwärtigen Rechtsstreit tritt der Ausnahmsfall des L.R.S. 1348 ein, indem es sich hier nicht um den Beweis des Auftrags unter den Vertragspersonen selbst, sondern im Verhältniß zu Dritten handelt, Letztere aber nicht in der Lage sind, über das Bestehen desselben sich schriftlichen Beweis zu verschaffen.

Mit Recht wurde hiernach in der vorderen Instanz neben dem schriftlichen Beweis und den Zugeständnissen des Beklagten auch der Zeugen- und Vermuthungsbeweis über die stillschweigende Bevollmächtigung des Salomon Goldschmidt zum Einzug der Pacht- und Kaufschillingsforderungen des Beklagten zugelassen.

Red.

96.

Erfüllungsort.

Allgem. deutsch. H.G.B. Art. 324. 342. 344. 346.
Pr.O. §. 31.

In Sachen

der Handlung D. Frank Söhne in Mannheim, Klägerin, Appellantin, Oberappellatin

gegen

Handelsmann Carl Rubin in Emmendin-

dingen, Beklagten, Appellaten, Oberappellanten,

Forderung betreffend,

war es streitig, ob Mannheim oder Emmendingen als Ort der Erfüllung einer vom klagenden Theile an den beklagten Theil zu machenden Waizenlieferung anzusehen sei und ob die Klage gemäß Pr.O. §. 31 in Mannheim erhoben werden könne, oder ob sie in Emmendingen erhoben werden müsse. Die Civilkammer Mannheim sprach unter dem 17. November 1866 aus: „die Klage findet hier nicht statt," während der Appellationssenat Mannheim mit Erkenntniß vom 15. März 1867 die Civilkammer Mannheim für zuständig erklärte und zur Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache anwies.

Das großh. Oberhofgericht bestätigte unter dem 29. October 1867 das appellationsgerichtliche Erkenntniß.

Im November 1864 hatte der Beklagte vom klagenden Handlungshause 4000 Säcke Waizen, den Sack à 200 Pfund zu 10 fl., lieferbar mit je 500 Säcken in den mit dem Dezember 1864 beginnenden acht Monaten, also vom Dezember 1864 bis Juli 1865 incl., Monatstag der jeweiligen Lieferung nach Wahl der Verkäufer, gekauft. Die klagende Handlung behauptet nun, Beklagter habe nur 3000 Säcke empfangen und sich des Empfanges der letzten 1000 Säcke geweigert, sie habe sich daher nach vergeblich an ihn gerichteter Aufforderung genöthigt gesehen, diese 1000 Säcke gemäß H.G.B. Art. 354 versteigern zu lassen, wobei für 500 Säcke je 9 fl. 10 kr., für weitere 500 Säcke nur 9 fl. 6 kr. erlöset worden seien. Die Differenz zwischen diesen letzteren Beträgen und der Kaufsumme von 10 Gulden für den Sack mit 866 fl 40 kr., sowie 36 fl. 20 kr. Versteigerungskosten und 6 pCt. Verzugszinsen aus diesen beiden Summen bildeten den Gegenstand der Klage.

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe, aus denen sich die Einwendungen des Beklagten gegen die Annahme, daß Mannheim als Erfüllungsort zu gelten habe, ergeben, lauten, wie folgt:

„Nach den Artikeln 324 und 342 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches hat der Verkäufer an dem Orte, wo er zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte, den Vertrag mittelst Uebergabe der Waare zu erfüllen, soferne nicht in Folge einer besonderen Vertragsbestimmung oder der Natur des Geschäfts oder der Absicht der Contrahenten ein anderer Ort als Erfüllungsort anzusehen ist.

Aus der Bestimmung des hier in Frage liegenden Kaufvertrags, daß der Kaufpreis für den Sack Waizen zu 200 Pfund „10 Gulden netto ab Bahnhof Mannheim" betragen sollte, kann nun zweifelsohne die Festsetzung eines anderweitigen Erfüllungsortes als des der Handelsniederlassung des Verkäufers, welche sich unbestrittenermaaßen zu Mannheim befindet, nicht abgeleitet werden, da diese Bestimmung ihrem klaren Wortlaute nach nicht mehr sagt, als daß der Verkäufer verpflichtet sei, die Waare ohne Aufrechnung irgend welcher Transportkosten auf den Bahnhof zu Mannheim bringen zu lassen, daß aber die Kosten für den weitern Transport vom Bahnhofe zu Mannheim nach dem Wohnorte des Käufers von Letzterem zu bestreiten seien. Es muß vielmehr eben diese Bestimmung als den im Zweifel maaßgebenden Ausspruch des Gesetzes, daß der Niederlassungsort des Verkäufers als Erfüllungsort gelte, lediglich bestätigend angesehen werden.

Der Umstand, daß dem Vertrage zufolge der Verkäufer während acht Monaten monatlich je 500 Säcke Waizen liefern, der Monatstag der Lieferung aber seiner Wahl anheim gegeben sein sollte, vermag ebenfalls eine Abweichung von Dem, was jener Ausspruch besagt, nicht zu begründen. Denn wenn der Käufer, welchem der Zeitpunkt der bevorstehenden einzelnen Monatslieferung Seitens des Verkäufers angekündigt werden konnte und mußte, nicht diese Lieferung jeweils in Person oder durch einen Bevollmächtigten zu Mannheim wirklich in Empfang nahm, so war er, falls dieselbe durch Absendung der Waare vollzogen wurde, vorbehaltlich der hier nicht Platz greifenden besonderen Bestimmung des Art. 347 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches rechtlich so zu betrachten, als ob er sie zu Mannheim in Empfang genommen hätte.

Als unerheblich erscheint auch die Thatsache, daß der klagende Theil die vertragsmäßigen Lieferungen bis zum Eintreten der dem gegenwärtigen Prozesse zu Grunde liegenden Streitigkeiten vermittelst der Eisenbahn an den Beklagten nach Emmendingen absendete, da der, die verkaufte Waare versendende Verkäufer gemäß Art. 344 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches im Zweifel als vom Käufer zur Versendung beauftragt, mithin als in des Letzteren Namen versendend gilt.

Stellt sich dem Bisherigen zufolge Mannheim als

der Ort dar, an welchem der Verkäufer durch Uebergabe der Waare zu erfüllen hatte, so muß Mannheim auch als der Ort betrachtet werden, an welchem der Käufer durch Empfangnahme der erkauften Waare gemäß Art. 346 des allgem. d. H.G.B. seinerseits zu erfüllen hatte. Die Empfangnahme der Waare läßt sich — abgesehen von der besondern Vorschrift des bereits erwähnten Art. 347 des allgem. d. H.G.B. — rechtlich von deren Uebergabe nicht trennen.

Erscheint nun aber Mannheim in der Weise als Erfüllungsort auch für den Käufer, daß er daselbst zu empfangen hatte, so konnte die vorliegende Klage, welche gerade daraus, daß der Käufer einen Theil der ihm verkauften Waaren nicht empfing, Ansprüche an den Käufer ableitet, mit Rücksicht darauf, daß die Klagsumme 200 Gulden übersteigt, gemäß Pr.Ord. §§. 15 und 31 bei dem großh. Kreisgericht Mannheim Civilkammer erhoben werden.

Aus diesen Gründen, sowie nach Ansicht des §. 170 der Pr.O. wegen der Kosten mußte, wie geschehen, erkannt werden. Roßhirt.

97.

Zum Thatbestand des Meineids, beziehungsweise Handgelübdebruches in einer bürgerlichen Streitsache gehört nicht nur, daß die Versicherung der betreffenden Partei eine nach ihrer subjectiven Ansicht falsche, sondern auch, daß sie eine in Wirklichkeit objectiv unwahre ist.

§§. 484. 502 des Str.G.B.

In Anklagesachen
gegen
Jakob Weßbecher von Muggensturm,
wegen falschen Handgelübdes.

Der Angeklagte hatte in seinem Rechtsstreit mit Cölestin Weßbacher das Handgelübde abgelegt, es sei nicht wahr, daß er als Vormund des Letzteren im Frühjahr 1867 13 fl. 30 kr. von der Ehefrau Hornung bezahlt erhalten habe.

Nach dem Ergebniß der Untersuchung, wie es in den Entscheidungsgründen der Strafkammer niedergelegt ist, stellte sich aber heraus, daß er die 13 fl. 30 kr. im März 1866, nachdem er die Vormundschaft über Cölestin Weßbecher längst abgegeben hatte, bezahlt erhielt. —

Er wurde deßhalb durch Urtheil des großh. Kreisgerichts Baden vom 6. März l. J. von der Anklage des Handgelübdebruchs freigesprochen. Dieses Urtheil ward aber von der großh. Staatsanwaltschaft um deßwillen als nichtig angefochten, weil bei Fällung desselben das Gesetz unrichtig auf die in den Entscheidungsgründen als wahr angenommenen Thatsachen angewendet worden sei.

Die Beschwerde erschien jedoch dem großh. Oberhofgericht als unbegründet, sie wurde daher durch Urtheil vom 2. Mai 1868 aus folgenden

Gründen

verworfen:

Es ist zum Thatbestand des Bruchs eines Handgelübdes, welches in einer bürgerlichen Streitsache von einer Partei abgelegt wurde, nach §. 502 vergl. mit §. 484 des Str.G.B. nicht allein erforderlich, daß die handgelübdliche Versicherung der Partei eine nach ihrer Meinung falsche, — sondern auch, daß sie eine in Wirklichkeit unwahre war.

Annalen 19 S. 45.

Nun stellt sich aber die handgelübdliche Versicherung des Angeklagten nicht als eine unwahre dar. Zwar war die Zeit und die Eigenschaft, in welcher er die Zahlung empfing, für die Entscheidung seines Rechtsstreites mit Cölestin Weßbecher unerheblich, weil er in den damaligen Verhandlungen den Empfang des Geldes überhaupt widersprochen und behauptet hatte, daß dasselbe in seiner Gegenwart an Cölestin Weßbecher selbst bezahlt worden sei. Nachdem jedoch dessenungeachtet jene beiden Umstände in die durch rechtskräftiges Urtheil festgesetzte Formel seines Handgelübdes aufgenommen worden waren, konnte es nicht verpflichtet erscheinen, die darauf bezüglichen Worte der Formel als gar nicht vorhanden anzusehen und im Widerspruch mit ihnen anzunehmen, daß er auch den Nichtempfang einer an ihn in einer anderen Eigenschaft und zu einer andern Zeit geleisteten Zahlung zu bestätigen habe.

Hiernach liegt kein genügender Grund vor, im

Widerspruche mit dem Erkenntniß der Strafkammer den Thatbestand des Handgelübdebruches unter den obwaltenden Umständen anzunehmen.

Red.

98.

1) Wer ein beleidigendes Gerücht als solches erzählt, ist dafür haftbar.

2) Diese Handlung ist aber wegen mangelnder Widerrechtlichkeit und wegen mangelnder Absicht zu beleidigen, wenn die Erzählung in einer erlaubten Absicht oder im Kreise von Vertrauten ohne die Absicht der Weiterverbreitung geschieht, straflos.

Es waren von keiner Seite wesentliche Bedenken gegen die Richtigkeit oder Vollständigkeit der in den Entscheidungsgründen zu dem amtsgerichtlichen Urtheile vom 30. April 1867 festgestellten Thatsachen vorgebracht worden, weßhalb eine Wiederholung der Beweisaufnahme nicht stattfand und müssen daher diese Thatsachen die Grundlage der rechtlichen Beurtheilung der erhobenen Anklage bilden. Annalen 32 S. 212. Hiernach ist dargethan, daß der Angeklagte am Abend des 19. März 1867 bei einer Versammlung des Bildungsvereines zu Schwarzach Aeußerungen gethan hat, aus welchen, wenn auch nicht unmittelbar, doch auf eine allen Anwesenden verständliche, mittelbare Weise hervorging, daß der Ankläger zufolge eines umlaufenden Gerüchtes mit seiner Tochter Josepha in einem unsittlichen Verhältnisse stehen solle. Diese Aeußerungen bilden unzweifelhaft den Thatbestand der Ehrenkränkung im Sinne des §. 294 Z. 1 des Str.G.B., da hierdurch dem Ankläger eine unsittliche Handlung nachgesagt wurde, wobei es gleichgiltig ist, in welche Form diese Nachsage eingekleidet wurde. Die Worte: „es geht das Gerücht" „es wird erzählt" können selbstverständlich den nun folgenden Aeußerungen den Character einer Nachsage nicht nehmen.*) Allerdings wäre durch den Beweis der Wahrheit der dem Ankläger zur Last gelegten unsittlichen Handlung gemäß §. 305 des Str.G.B. die Ehrenkränkung weggefallen, da die Beleidigung nur im Inhalte und nicht in der Form der Aussage des Angeklagten liegt; allein um den Beweis der Wahrheit zu liefern, genügt es keineswegs, darzuthun, daß das Gerücht auf welches die Aeußerungen des Angeklagten Bezug hatten, in der That gegangen sei, sondern der Angeklagte hätte nachweisen müssen, daß der Inhalt des Gerüchts, daß nämlich der Ankläger wirklich mit seiner Tochter in einem unsittlichen Verhältniß stehe, wahr wäre. Nach den in dem amtsgerichtlichen Urtheile festgestellten Thatsachen wurde aber ein solcher Beweis keineswegs erbracht, im Gegentheil ergibt sich hieraus, daß das fragliche Gerücht hauptsächlich durch das unbesonnene Gerede junger Bursche über einen ganz unerheblichen und unverfänglichen Vorfall entstanden ist, ohne daß sich für dasselbe irgend ein Anhaltspunkt herausgestellt hätte.

Wenn nun auch nach dem Obigen der Angeklagte dem Ankläger eine unsittliche Handlung nachgesagt hat, und von einem Beweise der Wahrheit dieser Nachsage keine Rede sein kann, so fehlt es doch an einem andern Merkmale des Thatbestands der Ehrenkränkung, an dem der Widerrechtlichkeit und hat in Verbindung hiemit der Angeklagte zugleich glaubhaft gemacht, daß er keine Absicht zu beleidigen gehabt habe. §. 295 des Str.G.B.

Aus den festgestellten Thatsachen geht hervor, daß an jenem Abend in der Versammlung des Bildungsvereins zu Schwarzach, dessen Vorstand der Angeklagte ist, davon die Rede war, daß der Ankläger Mitglied des Vereins werden wolle, und daß er auch die Absicht habe, in die Gesellschaft zu kommen, ohne Mitglied zu sein, worauf der Angeklagte die beleidigenden Aeußerungen gethan hat. Es muß nun aber dem Vorstande einer geschlossenen Gesellschaft, wenn davon die Rede ist, daß eine gewisse Person Mitglied dieser Gesellschaft werden oder sich gar in dieselbe eindrängen wolle, frei stehen, seine Meinung über diese Person im Kreise der Gesellschaftsmitglieder offen auszusprechen, und war der Angeklagte hiebei auch berechtigt, des in Gräffern längere Zeit vorher schon verbeiteten Gerüchts Erwähnung zu thun; zugleich ergibt sich aber aus einer der dem Angeklagten zur Last gelegten und erwiesenen Aeußerungen, „er kommt nicht, ich habe ihn getupft," daß diese Aeußerungen gerade in Bezug auf die anzuknüpfenden Beziehungen des Anklägers zu dem Bildungsverein, von welchem die Rede war, gethan wurden; dieselben sind daher nicht widerrechtlicher Weise von dem Angeklagten gebraucht worden, dieser war vielmehr in seiner Eigenschaft als Mitglied

*) Wegen der Benennung des Auktors vergl. den von Puchelt Str.G.B. Bem. 2 zu §. 305 abgedr. E.B. von Obkircher, besonders Abs. 4, sowie Abs. 7 dieser Note.

und Vorstand des Bildungsvereins unter den vorliegenden Verhältnissen zu einer freien Meinungsäußerung über den Ankläger berufen. Aus diesen Umständen aber, in Verbindung damit, daß die nur ihrem Inhalte nach beleidigenden Aeußerungen lediglich in einem kleinen Kreise vertrauter Gesinnungsgenossen von dem Angeklagten mit der ausdrücklichen Bitte um Nichtverbreitung gemacht worden sind, ergibt sich außerdem mit großer Glaubhaftigkeit, daß der Letztere keine Absicht zu beleidigen gehabt habe.*)

Wenn nun auch, wie der Angeklagte in seinem heutigen mündlichen Vortrage selbst anerkannte, derselbe als Priester und Seelsorger hätte noch vorsichtiger sein können, um die nicht beabsichtigte Kränkung des Anklägers zu vermeiden, so gibt es doch keine fahrlässige Ehrenkränkung und fehlt es demnach an einem wesentlichen Merkmale des Thatbestandes der Ehrenkränkung, beziehungsweise erscheint die letztere straflos, und mußte demgemäß ein freisprechendes Urtheil auf den von dem Angeklagten ergriffenen Rekurs erfolgen. (Puchelt, Strafgesetzbuch §. 291 Bem. 3 und 4, §. 294 Bem. 3, §. 295 Bem. 3.)

Aus diesen Gründen wurde das freisprechende Urtheil bestätigt.

Urtheil des Kreisgerichts Baden J. A.S. gegen Pfarrer Lender. Dr. Puchelt.

*) Vergl. Puchelt, Str.G.B. Schluß von Bem. 8 zu §. 291, Bem. 2 zu §. 305 S. 450 Abs. 2 und Köstlin, Abhandl. S. 68 über die Straflosigkeit von Aeußerungen gegen Vertraute ohne Absicht der Weiterverbreitung.

99.

Nothweg.

Das Anerbieten einer Entschädigung gehört nicht zur Begründung der auf L.R.S. 682 gegründeten Klage.

Mit der Ersitzung der Richtung des Nothwegs ist auch die Forderung einer Entschädigung verjährt. L.R.S. 685.

J. S.

des Bürgermeisters Rupp und Genossen, sämmtlich von Pleutersbach, Kläger, Appellaten, Oberappellaten,

gegen

Peter Gehrig von da, Beklagten, Appellanten, Oberappellanten,

Durchfahrt betr.,

besagen die Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 30. April 1868:

„In dem Wortlaute des Gesetzes liegt nichts, wornach man das Anerbieten einer Entschädigung als eine Voraussetzung für die Statthaftigkeit des Klagbegehrens erachten müßte, und daß dies wirklich nicht in der Absicht des Gesetzes liegt, die Klage auf Zuerkennung eines Nothweges und diese selbst vielmehr von jenem Anerbieten unabhängig ist, — zeigt auch L.R.S. 685, der dem Belasteten eine Klage auf Erfüllung der in Satz 682 begründeten Entschädigungspflicht einräumt, und ihm dafür selbst noch eine Frist von 30 Jahren gibt. —

Könnte aber je in dem unterlassenen Anerbieten einer Entschädigung ein Mangel der Begründung einer auf Satz 682 gestützten Klage erblickt werden, so läge er bei vorwürfiger Klage nicht vor, da die Kläger ausdrücklich die dreißigjährige Verjährung der Richtung des Weges behaupten, bei deren Vorhandensein auch die Klage, beziehungsweise der Anspruch auf Entschädigung erloschen erscheine, die Klage sonach auch das Anerbieten einer solchen umgehen konnte." —

L.R.S. 685 verglichen mit S. 2262. —

Red.

100.

Ist der Jagdeigenthümer berechtigt, einen auf dessen Gebiet jagenden fremden Hund zu tödten?

Während in allen mir bekannten Rechtsfällen diese Frage verneint wurde, hat das großh. Amtsgericht Offenburg — abweichend von früheren Entscheidungen — solche in nachstehendem Falle bejaht und großh. Kreis- und Hofgericht allda in 2. Instanz Bestätigung ertheilt:

Johann Kiefer von Durbach, jagdberechtigt daselbst, beging mit einem Brackhunde sein Jagdgebiet, von welchem aus der Hund über der Grenze auf dem des Herrn v. Bussiere eine Reehfährte aufnahm und einige Zeit verfolgte.

Joseph Himmelsbach, Jagdhüter des Letzteren, erschoß den in seinem Hutdistricte jagenden Hund und bald darauf eine zweite Bracke bei gleichartigem Betreten.

Kiefer forderte auf Grund des L.R.S. 1382 Ersatz des Werthes beider Hunde, wogegen Beklagter durch Nachweis darüber, daß in letzter Zeit der Jagd seines Herren durch verschiedene fremde Hunde ein erheblicher Schaden zuginge, sich zur That berechtigt erachtete.

Das in 1. Instanz abweisende Erkenntniß wurde auf Berufung durch großh. Kreis- und Hofgericht Offenburg mit folgender wesentlicher Begründung bestätigt.

1) Kläger habe, indem er seinen Hund auf fremdem Gebiete jagen ließ, eine unrechte That begangen, §. 147 des Pol.St.G.

2) Beklagter habe sich im Stande der Nothwehr befunden, da der drohende Schaden auf keine andere Weise abzuwenden, als durch Erschießen, indem eine etwaige Schadenersatzklage unmöglich gewesen sei, weil Beklagter wahrscheinlich den Eigenthümer der Hunde nicht gekannt habe.

3) Es sei vom Kläger nicht geltend gemacht worden, daß der, der Jagd drohende Schaden in keinem Verhältniß stehe zum Werth der getödteten Hunde.

4) Die vom Kläger angerufene Bestimmung des §. 10 der Vollzugsverordnung zum Jagdgesetze von 1850 erlaube, zu tödten, was mit dem gesetzlichen Ausdrucke „abfangen" identisch sei.

5) Endlich spreche auch L.R.S. 1385 und 1385a für die Berechtigung zu tödten, weil da, wo der Herr eines Thieres den Schaden nicht ersetze, das Thier selbst verfallen sei.

Ich erachte sämmtliche Begründungsmotive und damit auch die Entscheidung selbst für unrichtig.

ad 1) Unter „jagen lassen" kann man nur den Fall verstehen, wo Jemand seinen Hund auf unberechtigtem Boden losläßt. Diese Voraussetzung liegt nicht vor, da Kläger seinen Hund auf eigenem Gebiete losließ; wenn aber dieser Entscheidungsgrund das Uebertreten des Hundes auf angrenzende Jagd im Auge hat, so verstößt diese Darstellung gegen das Wesen des Jagens mit Bracken, weil nach der Natur dieser Hundesart eine abwehrende Einwirkung des Herren auf seinen Hund factisch unmöglich, folglich auch von keiner unrechten That des Ersteren die Rede sein kann, indem der Gebrauch von Bracken ein erlaubter und durchaus üblicher ist.

ad 2) Die Voraussetzungen der Nothwehr, wie sie unser Strafgesetz bestimmt, fehlen vollständig; dieselben setzen als Gegner einen Menschen voraus, aber keinen Hund; die Gefahr läßt sich abwenden durch Einfangen des Hundes und der Schaden kann beigebracht werden durch Erhebung einer Schadensersatzklage; daß es hiebei Sache des Klägers sei, den künftigen Prozeßbeklagten ausfindig zu machen, dürfte selbstverständlich sein.

ad 3) Wenn nach Darstellung der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe in dem Falle die Tödtung eine berechtigte, wo der Werth des Thieres geringer als der drohende Schaden sei, so gehört es doch gewiß zur Begründung der Einrede des Rechtes zu tödten, das Dasein dieser Voraussetzung nachzuweisen, und somit wäre Beklagter beweispflichtig gewesen und nicht Kläger.

ad 4) Die bestimmte Vorschrift des vom Kläger angerufenen §. 10 der Vollzugsverordnung zum Jagdgesetze von 1850 (die ohnehin nur von Jagdfrevlern und nicht von frevelnden Hunden spricht) erlaubt das „Abfangen" der Hunde — gewiß ein so spezifischer Ausdruck, der keine Ausdehnung bis zum „tödten" zuläßt, daß man daraus schließen kann, es sei dem Gesetzgeber die Absicht, welche durch letzteres Zeitwort ausgedrückt wird, ferne gewesen.

Die Behauptung „abfangen" und „tödten" sei gleichbedeutend, ist eben so unrichtig, wie die der Aehnlichkeit „einsperren und tödten!"

ad 5) Ein Schaden war überhaupt nicht constatirt, mindestens nicht in einer bestimmten Summe; Beklagter hat vom Kläger keinen Schadensersatz begehrt, noch viel weniger Klage erhoben, es kann folglich von einer Verweigerung desselben keine Rede sein und unter allen Umständen war der Beschädigte nicht berechtigt, das ihm nicht angebotene Thier eigenmächtig wegzunehmen, es gelten deßhalb L.R.S. 1385 und 1385a ganz und gar nicht.

Grafmüller.

101.

Eröffnung eines fremden Briefs.

Bei der Seltenheit der unter § 545 des Str.G.B. gehörigen Vergehen mag folgender Fall mitgetheilt werden.

Joseph Zivi von Müllheim kaufte laut Notariatsurkunde von Johann Kohlbrenner eine Liegenschaftskaufschillingsforderung an Michael Baumgartner, über die der Gemeinderath eine Verweisung gefertigt hatte, nach welcher Baumgartner als der Liegenschaftskäufer den Kaufschilling in zwei Jahresterminen je zu 150 fl. an Kohlbrenner, den Liegenschaftsverkäufer, zu zahlen angewiesen war.

Ehe Kohlbrenner diese seine Forderung dem Joseph Zivi abtrat, hatte Ersterer den Bürgermeister Huber beauftragt, bei'm Cassier des Säckinger Vorschußvereins anzufragen, ob und um welchen Preis der Vorschußverein die Kaufschillingsforderung kaufe. Bürgermeister Huber hatte in Folge davon die ihm zu diesem Behufe von Kohlbrenner übergebene Verweisung, schon vor der Forderungsabtretung an Zivi, dem Cassier des Vorschußvereins mit der Anfrage, ob dieser die Forderung übernehme, mitgetheilt.

Gelegenheitlich der Forderungsabtretung an Zivi erfuhr dieser dann durch Huber, daß und warum die Ausfertigung der gemeinderäthlichen Verweisung sich im Besitze des Cassiers des Vorschußvereins befinde. Kohlbrenner hatte den Zivi vorher schriftlich ermächtigt, die Verweisung von Bürgermeister Huber in Empfang zu nehmen.

Nun begab sich Zivi in das Comptoir jenes Cassiers, und fragte, bei dessen Abwesenheit, einen Commis nach der Verweisung, die der Cassier von Bürgermeister Huber erhalten hatte. Der Commis nahm in Folge davon an, Zivi sei von Huber beauftragt, und weil der Cassier dem Commis kurz vorher einen Brief, an Huber adressirt, zur Aufgabe auf die Post übergeben hatte, so händigte der Commis diesen Brief versiegelt dem Zivi, und zwar ausdrücklich zur Abgabe an Huber, ein.

Zivi öffnete aber den Brief nachher und behielt ihn für sich. Derselbe enthielt in einem Couvert die Verweisung und das Antwortschreiben des Cassiers an Bürgermeister Huber, daß der Vorschußverein die Kaufschillingstermine gegen $3\frac{1}{2}$ pCt. Rabatt zu übernehmen geneigt sei.

Wenige Tage später schickte Zivi dem Cassier eine Notariatsurkunde, in welcher Zivi die Forderung an Michael Baumgartner nunmehr dem Vorschußverein mit $3\frac{1}{2}$ pCt. Rabatt cedirt. Dieser Urkunde lag ein Schreiben Zivi's bei, worin der Cassier ersucht wurde, dem Zivi entweder die angeschlossene Prozeßvollmacht zur Einklagung Baumgartner's, der eine Gegenforderung von 700 fl. an Kohlbrenner wettschlagend geltend machen wolle, oder die ebenfalls angeschlossene Erklärung, daß die Forderung dem Zivi zurückcedirt werde, im Namen des Vorschußvereins zu unterschreiben.

Das auf Anklage des Bürgermeisters Huber erlassene und von der Rekurskammer bestätigte Urtheil des Amtsgerichts Säckingen erklärte den Joseph Zivi der Eröffnung eines fremden Briefs schuldig und verfällte ihn in eine Geldstrafe von 25 fl.

Entscheidend war dabei die Erwägung, daß die eigenmächtige Brieferöffnung nicht blos in der Absicht, die Verweisung zur Hand zu erhalten, sondern zugleich zu dem weiteren Zwecke unternommen wurde, um von dem Stande der Sache gegenüber dem Vorschußverein, namentlich von dem Seitens des letzteren etwa erfolgten Angebot, Kenntniß zu erlangen, wenn gleich es dunkel geblieben ist, zu welchem Gewinn eigentlich der Angeklagte diese Kenntniß benützen wollte.

Wie der Angeklagte sagte, nahm er deßhalb keinen Anstand, den Brief zu eröffnen, weil er nach seinem Gespräch mit dem Commis nur habe annehmen können, daß der Brief die Verweisung und wahrscheinlich eine Antwort an Huber enthalte, weil die Verweisung aber sein, des Angeklagten, Eigenthum durch Kohlbrenner's Willenserklärung geworden sei, und für ihn dadurch Werth gehabt habe, daß Kohlbrenner, der nicht gut stehe, mit der Verweisung in der Hand die Kaufschillingsforderung einem Anderen noch nachträglich hätte abtreten können, welcher Andere dann mit der Cessionseröffnung an den Schuldner Baumgartner dem Zivi vielleicht zuvorgekommen wäre.

Immerhin würde hinsichtlich der Verweisung allein die zum Thatbestand der strafbaren Brieferöffnung erforderliche Absicht, unbefugter Weise zur Kenntniß ihres Inhalts zu gelangen, dem Angeklagten nicht haben zur Last gelegt werden können. Adolf Baumstark.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 15.

102.

Kinder, welche eine Gleichstellungsgeld-Forderung mit Vorzugsrecht auf Grund des in L.R.S. 2109 (2113) gebotenen Eintrags auf Liegenschaften ihres Vaters geltend machen, dürfen nicht nach ihrem gesetzlichen Unterpfandsrecht, L.R.S. 2121. 2135 [1], locirt werden.

Gleichstellungsgeld ist nicht kraft Gesetzes verzinslich.

Die Vormundschaftsbehörde kann zwar genehmigen, daß an die Stelle eines den minderjährigen Kindern vorgehenden Gläubigers ein anderer Gläubiger mit einer Forderung von gleichem Betrag eintrete, auch darf sie das generelle Unterpfandsrecht in ein specielles verwandeln lassen, allein es kommt ihr nicht zu, über Vermögensrechte der Minderjährigen freigebig zu verfügen, oder ein specielles Unterpfandsrecht in ein Nachpfandrecht zu verwandeln.

J. S.

mehrerer Gläubiger, hier der Cathinka Graf von Pforzheim, zur Zeit in Lahr, Liquidantin, Appellantin, Oberappellantin,

gegen

die Gantmasse der Karl Keppel Wittwe, Friederike geb. Wagner in Pforzheim, Liquidatin — hier gegen den Bijouteriefabrikanten Christoph Becker von da, Mitliquidanten, Appellaten, Oberappellaten,

Forderung und Vorzug im Unterpfandsrecht betr.,

locirte das Ganturtheil des großh. Amtsgerichts Pforzheim vom 26. Aug. 1867:

C. „In dritter Ordnung:

mit Vorzugsrecht auf den Erlös des in der Masse vorhandenen dreistöckigen Wohnhauses mit Fabriklokal, Waschküche und kleinem Hof, in der Theaterstraße hier, Lit. C No. 81, und Priorität nach der Nummernfolge folgende Gläubiger:

10. Fabrikant Christoph Becker dahier aus Darlehen: fl. 14,000 — nebst 5 pCt. Zins vom 1. Februar 1867 und fl. 175 rückständigem Zinsrest;

im Range vom 28. Dezember 1858, jedoch vor Loc. No. 11 und 12.

11 a. . . . .

b. Oscar und Cathinka Graf desgleichen 3375 fl. 54 kr. mit 5 pCt. Zins vom 1. April 1866;

a und b im Range vom 28. Dezbr. 1858, jedoch erst nach Christoph Becker."

Gegen das bestätigende Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe, Appellationssenat, vom 27. November 1867 ergriff die Liquidantin die Oberappellation und von großh. Oberhofgericht wurde am 19. Juni 1868 zu Recht erkannt:

Die Urtheile der beiden Vorderinstanzen seien, soweit damit der Cathinka Graf auch das Recht aberkannt wurde, für ihre Forderung von fl. 1687 57¼ kr. aus ⅛ desjenigen Theils des Hauserlöses, welcher nach Bezahlung der dem Christoph Becker zustehenden Forderung von fl. 12,000, nebst 5 pCt. Zinsen vom 1. Februar 1867 und fl. 150 rückständigen Zinsen etwa übrig bleiben wird, vor der weiteren Forderung dieses Gläubigers befriedigt zu werden, dahin abzuändern:

Cathinka Graf sei mit ihrer Forderung von fl. 1687 57¼ kr. aus ⅛ desjenigen Theils des Hauserlöses welcher nach Bezahlung der dem Christoph Becker zustehenden Forderung von 12,000 fl. nebst 5 pCt. Zinsen hieraus vom 1. Februar 1867 und fl. 150 rückständigen Zinsen etwa noch übrig bleiben wird, vor der weiteren Forderung dieses Gläubigers zu befriedigen.

Im Uebrigen seien dagegen die gedachten Urtheile zu bestätigen.

Von den Kosten der zweiten und dritten Instanz habe Cathinka Graf ⁷/₈, Christoph Becker ¹/₈ zu tragen.

Entscheidungsgründe.

Cathinka Graf, Gläubigerin der Fr. Keppel'schen Gantmasse, beschwert sich gegen die Urtheile der vordern Instanzen, weil darnach dem Christoph Becker, einem Gläubiger derselben Gantmasse, für seine Darlehensforderung von 14,000 fl. sammt rückständigen Zinsen der Vorrang vor ihrer Gleichstellungsforderung von 1687 fl. 57¹/₄ kr. an ihren Vater J. G. Graf, den frühern Eigenthümer des zu jener Gantmasse gehörigen Hauses, zuerkannt wurde.

Ihre Beschwerde ist jedoch nur theilweise begründet.

Mit Recht hat nämlich das Appellationsgericht den Anspruch der 4 Kinder des J. G. Graf auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös des zur Gantmasse gehörigen Hauses schon insofern für einen theilweise unbegründeten erachtet, als das Vorzugsrecht, welches diesen Kindern für ihre aus der mütterlichen Erb- und Gemeinschaftstheilung herrührende Gleichstellungsforderung von 6751 fl. 49 kr. gegen ihren Vater zusteht, nicht — wie sie in ihrer Liquidation geltend machten — den ganzen, sondern nur den hälftigen Erlös jenes Hauses umfaßt, da ein Vorzugsrecht im Sinne der L.R.S. 2103 Ziff. 3 und 2109 nur Gegenstände der Erb- und Theilungsmasse ergreift, — zu der Theilungsmasse aber, welche beim Ableben der Ehefrau Graf vorhanden war, nur die Hälfte des Hauses gehörte, indem die andere Hälfte damals noch Eigenthum des Chr. Heinz war. Zwar ist in Folge des Umstands, daß J. G. Graf später das ganze Haus ersteigerte, gemäß L.R.S. 883 rechtlich anzunehmen, daß er auch vor dem Tode seiner Ehefrau Alleineigenthümer desselben war (Zachariä I. §. 197 bei Note 27); dies ist hier aber schon deßhalb unerheblich, weil die Gleichstellungsforderung der Graf'schen Kinder — und zwar sogar nachdem ihr Vater bereits Eigenthümer des ganzen Hauses geworden war — nur auf die Hälfte desselben eingetragen wurde.

Vergl. auch Sirey 1827 I. S. 171.

Demolombe VIII. (XVII.) Nr. 321.

Stand ihnen ferner auch wegen dieser Forderung nach L.R.S. 2121 und 2135 Ziff. 1 das einer Eintragung nicht bedürftige, gesetzliche Pfandrecht am ganzen liegenschaftlichen Vermögen ihres Vaters, als ihres gesetzlichen Vormunds vom Todestage der Mutter an zu (Zachariä II. §. 264 Note 5), so ist doch dieses Pfandrecht in den Verhandlungen der vordern Instanzen nicht von ihnen geltend gemacht worden und daher auch in dritter Instanz nicht in Anschlag zu bringen.

Ihre liquidirte Forderung ist ferner insoweit unbegründet, als sie auch Zinsen aus ihrem Gleichstellungsgeld berechnen und dafür Vorzugsrecht ansprechen, ohne diesen Anspruch, der ihnen nicht schon Kraft Gesetzes zusteht (Annalen XXII. S. 374, Troplong, „priv. et hyp.“ Nr. 240), irgendwie zu rechtfertigen.

Kommt ihnen hiernach ein Vorzugsrecht nur für ihre Forderung von 6751 fl. 49 kr. und nur an der Hälfte des Hauserlöses zu, so erstreckt sich dasjenige der Oberappellantin Cathinka Graf, welche an jener Forderung zu ¹/₄ betheiligt ist, nur auf den achten Theil des Erlöses. —

Mit Recht hat ferner das Appellationsgericht angenommen, daß dieses Vorzugsrecht dem Pfandrecht des Oberappellaten Chr. Becker für 12,000 fl. von dessen Forderung sammt den rückständigen Zinsen hieraus nachzustehen habe. Es genügt in dieser Beziehung auf die Gründe zum Urtheil zweiter Instanz zu verweisen und noch hervorzuheben, daß — wenn auch der Beschluß des großh. Oberamts Pforzheim vom 8. Juni 1864 seinem Wortlaute nach nur die Genehmigung dafür ertheilte, daß das Vorzugsrecht der minderjährigen Graf'schen Kinder demjenigen Pfandrecht nachgesetzt werde, welches ihr Vater für ein neues Anlehen von 2000 fl. bestellen würde, — gleichwohl nach den diesem Beschluß vorhergegangenen Verhandlungen, insbesondere nach den Anträgen des J. G. Graf, des damaligen Pflegers seiner Kinder, des Waisengerichts, Familienraths und großh. Amtsrevisorats anzunehmen ist, die Vormundschaftsbehörde habe die Genehmigung zum Nachstehen des Vorzugsrechts auch für den Fall ertheilen wollen, wenn J. G. Graf nicht blos ein Anlehen von 2000 fl., sondern ein solches von 14,000 fl. aufnehmen und damit die dem ersten Pfandgläubiger Fr. Becker zustehende Forderung von 12,000 fl. abtragen würde. Es läßt sich auch mit Grund nicht bestreiten, daß diese Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit handelte, wenn sie genehmigte, daß an die Stelle eines den Graf'schen Kindern vorgehenden Pfandgläubigers ein anderer Gläubiger mit einer Forderung von gleichem

Betrag gesetzt werde, — indem dadurch ein den Kindern zustehendes Recht nicht vergeben, ihr Vermögen in keiner Weise vermindert, nur ihrem Vater und dem neuen Gläubiger die Beobachtung der Förmlichkeiten des L.R.S. 1250 Ziff. 2 erspart wurde, die sonst erforderlich gewesen wäre, um dem neuen Gläubiger die Stelle des frühern einzuräumen.

Wenn hiernach in den Urtheilen der vordern Instanzen dem Pfandrecht des Chr. Becker für dessen Forderung von 12,000 fl. nebst 5 pCt. Zinsen hieraus vom 1. Februar 1867 und 150 fl. rückständiger Zinsen mit Recht der Vorrang vor dem Vorzugsrecht der Oberappellantin zuerkannt wurde, so stellt sich dagegen die weitere Bestimmung dieser Urtheile, wornach der Oberappellat auch für den Rest seiner Forderung im Betrag von 2000 fl. nebst 5 pCt. Zinsen hieraus vom 1. Februar 1867 und 25 fl. rückständigen Zinsen vor der Oberappellantin befriedigt werden soll, als nicht gerechtfertigt dar, weil jener Gläubiger für diesen Theil seiner Forderung ein dem Vorzugsrecht der Oberappellantin vorgehendes Pfandrecht nur daraufhin beansprucht, daß ihm der frühere Pfleger der Letztern den Vorrang mit obervormundschaftlicher Ermächtigung bewilligt habe, — diese Bewilligung aber als ein ungiltiger Akt anzusehen ist, da der Pfleger hiezu nicht — und zwar selbst nicht mit obervormundschaftlicher Ermächtigung — berechtigt war. Aus den Verhandlungen, welche dem oberamtlichen Beschluß vom 8. Juni 1864 vorhergingen, ergibt sich nämlich, daß das Gesuch des J. G. Graf, wornach das Vorzugsrecht seiner minderjährigen Kinder dem von ihm für ein neues Anlehen von 2000 fl. zu bestellenden Pfandrechte nachgesetzt werden sollte, von den damaligen Vertretern der Kinder, nicht etwa aus dem Grunde unterstützt und genehmigt wurde, weil man die Besorgniß hegte, es könne, wenn das Gesuch verworfen und damit dem Petenten die Möglichkeit der Aufnahme eines weitern Anlehens entzogen würde, auch ein Interesse seiner Kinder gefährdet werden; vielmehr wurde dem Gesuche nur im Interesse des Petenten selbst und deßhalb stattgegeben, weil man den Werth seines Hauses so hoch anschlug, daß ein Verlust an der Forderung seiner Kinder auch nach deren Verzicht auf den Vorrang nicht zu befürchten stand. — War darnach der Namens der Kinder ausgesprochene Verzicht auf ein ihnen zustehendes Recht ein völlig unentgeldlicher, so ist er als ungiltig anzusehen, weil kein Gesetz besteht, welches den zur Verwaltung, d. h. zur möglichsten Erhaltung und Vermehrung des Mündelguts und nur unter besondern Voraussetzungen zu einer Veräußerung solchen Guts ermächtigten Vormund oder dessen vorgesetzte Behörde berechtigte, auch freigebige Verfügungen im Namen der Minderjährigen zu treffen.

Locré „Esprit" VI. ad art. 457—460 S. 285.
Demolombe IV. (VII.) S. 204 No. 775.
Aubry et Rau I. §. 113 S. 408.
Duttlinger „Archiv" II. S. 579. 581.

Ist zwar der Vormundschaftsbehörde nach der besondern Bestimmung des L.R.S. 2143 gestattet, das generelle gesetzliche Pfandrecht eines Minderjährigen am Vermögen seines Vormunds in ein specielles zu verwandeln, dagegen nicht gestattet, jenes Recht in ein Nachpfandrecht zu verwandeln (Erlaß großh. Justizministeriums vom 8. April 1853 in Annalen XX. S. 172 und oberhofg. Jahrb. N. F. XIII. S. 80), so kann ihr noch weniger zustehen, das spezielle Pfandrecht eines Minderjährigen, welches noch mehr den Schutz des Gesetzes verdient, als sein generelles (vergl. L.R.S. 2161 Abs. 2), in ein Nachpfandrecht zu verwandeln oder auf den dem speziellen Vorzugsrecht eines Minderjährigen zukommenden Rang zu verzichten.

Es wird zwar eingewendet, daß, wenn sich auch die Genehmigung eines solchen Verzichts seitens der Vormundschaftsbehörde gesetzlich nicht rechtfertigen ließe, die Gerichte gleichwohl nicht befugt seien, die deßfallsige Verfügung jener — ihnen koordinirten — Verwaltungsbehörde ihrer Prüfung zu unterziehen und für ungiltig zu erklären. Diese Einwendung ist jedoch unbegründet, weil hier die Beurtheilung eines Rechtsgeschäfts, welches unter Mitwirkung der Verwaltungsbehörde in ihrer Eigenschaft als Inhaberin der freiwilligen Gerichtsbarkeit abgeschlossen wurde, also eine Justiz-, keine Verwaltungssache in Frage steht, und weil es sich nicht darum handelt, ob die Verfügung jener Behörde nach den damaligen Verhältnissen räthlich oder zweckmäßig war, sondern darum, ob die Behörde zur Genehmigung eines unentgeltlichen Verzichts auf Mündelgut überhaupt zuständig war oder nicht, vielmehr durch deren Ertheilung die Grenzen ihrer gesetzlichen Befugniß überschritt und deßhalb auch der Fähigkeit ermangelte, jenem civilrechtlichen Acte durch ihre Confirmation Giltigkeit zu verschaffen. (Oberhofg. Jahrb. N. F. XIII. S. 82. 84).

Ist hiernach der oberamtliche Beschluß vom 8. Juni 1864, insoweit er genehmigte, daß das Vorzugsrecht der minderjährigen Graf'schen Kinder dem Pfandrecht nachgesetzt werde, welches ihr Vater für ein neues Anleben von 2000 fl. bestellen würde, als ungiltig, — als nicht ergangen — anzusehen, so steht der Oberappellantin für ihre Gleichstellungsforderung von 1687 fl. 57¼ kr. dem Oberappellanten gegenüber das Vorzugsrecht noch in dem nämlichen Range zu, in welchem es ihr vor der Capitalaufnahme ihres Vaters zukam, also nach dem ersten für ein Darlehen von 12,000 fl. — aber vor dem zweiten für ein Darlehen von 2000 fl. bestellten Pfandrecht, und mußte darnach, so wie wegen der Proceßkosten nach §. 172 der Pr.Ord. erkannt werden, wie geschehen. Red.

103.

Zur Strafrechtspflege.

XVII.

„Der Prozeß Schneider.“

Nichtigkeitsbeschwerde nach Str.P.O. §. 373 Ziff. 3 und 5, beziehungsweise Ziff. 7, wegen Mangels eines Verweisungsbeschlusses, Anwendung des §. 367 der Str.P.O. nach Eintritt des neuen Pr.G., Versagung des Aufschubs, wegen behaupteter Unzuständigkeit des Kreisgerichtes, gemäß Beilage II. Ziff. 41 verglichen mit Ziff. 42 der Gerichtsverfassung und wegen Mangels am Thatbestand des Vergehens nach Str.G.B. §. 630.

Die Preßsache gegen Johann Schneider, Redacteur der Neuen badischen Landeszeitung in Mannheim (in öffentlichen Blättern kurzweg als „Prozeß Scheider“ bezeichnet), kam am 21. April d. J. bei der Strafkammer des hiesigen Kreis- und Hofgerichts zur Verhandlung, nachdem der Angeklagte hiezu in Anwendung des §. 367 der Str.P.O., ohne Voruntersuchung, direct vorgeladen worden war. Eine vom Angeklagten vorzüglich mit Rücksicht auf das noch vor der Verhandlung in das Leben getretene neue Preßgesetz, welches erhebliche Aenderungen sowohl bezüglich des Strafsystems als bezüglich des Verfahrens in Preßsachen mit sich brachte, wiederholt gestellte Bitte um Aussetzung der Verhandlung, beziehungsweise Verlegung der Tagfahrt wurde nebst mehreren das Verfahren und die Zuständigkeit betreffenden Einwendungen desselben vom urtheilenden Gericht zurückgewiesen und die Sache auf gepflogene Verhandlung dahin erledigt, daß der Angeklagte wegen des in Frage stehenden Artikels in No. 93 der genannten Zeitung der Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung für schuldig erklärt und zu einer auf der Festung zu erstehenden Gefängnißstrafe von drei Monaten, zu einer Geldstrafe von 300 fl., sowie in die Kosten verurtheilt wurde.

Hiegegen führte der Verurtheilte die Nichtigkeitsbeschwerde aus. In erster Reihe stützte er dieselbe auf mehrfach behauptete Fehler im Prozeßgang und zwar nicht blos solche, die unter den Gesichtspunkt der Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens im engeren Sinn fielen (Str.P.O. §. 373 Ziff. 3 und 5), vorsorglich aber auch auf geltend gemachte unrichtige Auslegung und Anwendung des Gesetzes bei der Urtheilsfällung selbst (Str.P.O. §. 373 Ziff. 7).

Der oberste Gerichtshof verwarf die Nichtigkeitsbeschwerde, indem er dieselbe in beiden Richtungen nicht für begründet erkannte.

In der letztern Richtung konnte die Sache bei der Klarheit des Thatbestandes des Vergehens nach Str.G.B. §. 631a zu begründeten Zweifeln wenig Stoff bieten, dagegen erschienen die in der ersteren Richtung erhobenen formellen Beanstandungen, worauf auch der Vertheidiger in seinem gewandten und gründlich durchgeführten Vortrag das Hauptgewicht legte, von ungleich größerer Bedeutung, da hiebei eine verschiedene Auffassung sich leicht ergeben konnte.

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe sprechen sich in Würdigung der einzelnen Beschwerdepunkte dahin aus:

„I. Was die Beschwerden wegen Fehler im Prozeßgang betrifft, so beschwert sich

1) der Angeklagte darüber, daß ein förmlicher Verweisungsbeschluß nicht ergangen und ihm nicht eröffnet worden, sowie daß sein vor Beginn der Verhandlung hiewegen gestelltes Gesuch verworfen, hiedurch aber das Recht der Vertheidigung gesetzwidrig wesentlich beeinträchtigt worden sei, was namentlich nicht nur hinsichtlich der Beischaffung der nöthigen Vertheidigungsmittel, sondern auch hinsichtlich der Bestimmung des zuständigen

Gerichtes, wogegen dem Angeklagten die Beschwerdeführung (Str.P.O. §. 213 Ziffer 2) nicht abgeschnitten werden dürfe, von wesentlicher Bedeutung erscheine.

In engster Verbindung mit dieser Beschwerde steht das weitere Beschwerdevorbringen des Angeklagten, daß die in Str.P.O. §. 367 vorgezeichnete abgekürzte Verfahrensform der directen Ladung des verantwortlichen Herausgebers (Redacteurs) einer Zeitschrift oder Zeitung nach dem im Regierungsblatt vom 9. April dſs. J. verkündeten neuen Preßgesetz §§. 12. 13 nicht weiter zulässig sei, weil hiernach ein verantwortlicher Redacteur im Sinne des früheren Gesetzes (A.Pr.G. §. 4 vergl. mit §. 19) gar nicht mehr bestehe und die Grundsätze der allgemeinen Strafgesetze in Bezug auf Verschuldung und Theilnahme bei Preßvergehen maaßgebend seien, in vorliegendem Falle aber das neue Gesetz, das während des Verfahrens eintrat, in Anwendung kommen müsse.

In Bezug auf diesen Hauptbeschwerdepunkt, wovon die Erledigung der andern bezüglichen Beschwerden größtentheils abhängt, kommt in Betracht:

Daß die Vorschrift des §. 367 der Str.P.O., wobei ein von einer unbedeutenden Ausnahme abgesehen, unbedingt verantwortlicher Redacteur im Sinne des früheren Preßgesetzes §. 4 und 19, verglichen mit §. 23 vorausgesetzt wurde, nach Inhalt des neuen Preßgesetzes künftig auf Redacteur oder Herausgeber, auch wenn sie sich auf der Zeitschrift selbst als solche genannt haben, keine Anwendung mehr erleiden kann, ist allerdings als richtig anzuerkennen.[1]) Das neue Preßgesetz sagt dieses zwar nicht unmittelbar und ausdrücklich, allein es ergibt sich aus der, auf Antrag der Commission der zweiten Kammer in den §. 13 desselben aufgenommenen Bestimmung[2]), wonach das Recht der Verweisung der Anklage gegen einen benannten strafrechtlich haftbaren Verfasser u. s. w. nach Maaßgabe der unmittelbar vorhergehenden Vorschrift dann erloschen ist, wenn davon nicht in den im §. 365 und 366 der Str.P.O. bezeichneten Fristen (also in Fristen, die nur im Falle des nicht abgekürzten Verfahrens, nicht aber auch bei directer Ladung, Statt finden) Gebrauch gemacht worden ist; ferner ergibt es sich aus der im betreffenden ergänzenden Commissionsbericht der zweiten Kammer vom Abgeordneten von Feder hiewegen beigefügten ausdrücklichen Bemerkung[3]) und insbesondere auch aus der Rücksicht, daß gerade jene besondere, nunmehr beseitigte Stellung des schlechthin verantwortlichen Redacteurs den Hauptgrund für die Zulassung der directen Ladung desselben in der abgekürzten Verfahrensform des §. 367 der Str.P.O. (A.Pr.G. §. 47) bildete.

Vergl. Bekk, Preßgesetz von 1851 zu §. 47.

Nicht als richtig erscheint dagegen die weitere Behauptung des Angeklagten, daß das neue Preßgesetz schon als verbindlich galt, als das fragliche abgekürzte Verfahren nach §. 367 eingeleitet wurde, denn das im Regierungsblatt vom 9. April d. J. verkündete neue Gesetz war nach Maaßgabe der im L.R.S. 1 enthaltenen allgemeinen Vorschrift in Mannheim, nach richtiger Auslegung[4]), erst zwei weitere Tage nach dem 10. April

[1]) Auch von der großherzoglichen Staatsanwaltschaft wurde dieses zugegeben.

[2]) Nach der Bestimmung des Entwurfes, welcher hierin dem älteren Gesetze folgte, sollte das in Frage stehende Recht der Nachweisung einer vor dem Angcklagten haftbaren, im Bereich der richterlichen Gewalt des Staates befindlichen Person so lange, als das Urtheil noch nicht erlassen wurde, noch geltend gemacht werden können, was in kreisgerichtlichen, namentlich aber in schwurgerichtlichen Sachen praktisch zu großen Mißständen führen konnte. (Vrgl. übrigens, was die Fassung des §. 13 des neuen Preßgesetzes betrifft, die Berichtigung im Rggsbl. 1868 No. 44.)

[3]) Beilage zum Protokoll der 39. öffentlichen Sitzung der II. Kammer vom 6. Dez. 1867: „Dabei bemerken wir, daß die Bestimmung des §. 367 der Str.P.O., welche eine direkte Ladung zuläßt, für die vorliegende Frage bedeutungslos ist, da ein Verfasser, gegen welchen die direkte Ladung verfügt wird, keine voraus verantwortliche Person bezeichnen kann, der in § 367 bezeichnete „verantwortliche" Herausgeber einer Zeitung oder Zeitschrift aber, welcher in der Lage wäre, eine voraus verantwortliche Person bezeichnen zu können, in diesem Sinne aus dem Gesetzesentwurf verschwunden ist. Gegen die in §. 13 Abs. 1—3 bezeichneten Personen findet eine direkte Vorladung zur Hauptverhandlung nicht Statt, weßhalb" u. s. w. Diese Bemetkung ist als eine Namens der Commission gemachte zu betrachten. Eine Gegenbemerkung erfolgte nicht. Vergl. Commissionsbericht der I. Kammer von Dr. Bertheau. Indeß läßt sich unseres Erachtens vom kritischen und gesetzgeberischen Standpunkt wohl nicht verkennen, daß die directe Vorladung zur Hauptverhandlung in hiezu geeigneten Fällen eher befördert, als beschränkt werden sollte, und daß man, wenn auf die Bemerkung in von Feder's Commissionsbericht kein unbedingt entscheidendes Gewicht gelegt wird, zu der Ansicht gelangen kann, daß die künftige Nichtanwendbarkeit des Str.P.O. §. 367 auf Redacteure und Herausgeber in solcher Allgemeinheit gesetzlich nicht gerechtfertigt erscheint. Diese Ansicht wurde auch bei der Berathung geltend gemacht.

[4]) Vergl. Gilbert, Code civil annoté ad art. 1 not. 88. 89, Demolombe (tom. 1), de la publication des lois nro. 27, Aubry et Rau, cours de deoit civil I. §. 26 not. 5. Es ist

. . als bekannt und verbindlich anzusehen, es war somit nicht blos der verweisende Beschluß der Raths- und Anklagekammer vom 7. April, worin auf Str.P.O. §. 367 Bezug genommen wurde, sondern auch der die directe Ladung zur Verhandlung aussprechende Beschluß des urtheilenden Gerichts vom 11. April, eröffnet am nämlichen Tage, noch unter der Herrschaft des alten Gesetzes ergangen und in das Leben getreten; das urtheilende Gericht beging daher überall keine Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens, indem es das abgekürzte Verfahren einleitete, es verletzte aber auch keine bestehende positive Vorschrift, wenn es das einmal eingeleitete abgekürzte Verfahren in einem Falle, wie der vorliegende, zu Ende führte und darauf hin entschied. Das neue Gesetz selbst enthält nämlich überall keine Bestimmungen wegen des Uebergangs vom ältern in das neue Gesetz; die im Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung vom Jahr 1854 Art. IV. und folgende gegebenen Vorschriften aber sind für den hier vorliegenden Fall gesetzlich nicht maaßgebend und können, insofern es sich damals um die Einführung einer ganz neuen Strafprozeßgesetzgebung in Verbindung mit einer völlig umgestalteten Gerichtsverfassung handelte und die verschiedenen Einführungsgesetze zu den badischen Prozeßgesetzen eine wesentliche Verschiedenheit der Grundsätze zeigen [5]), auch keine unbedingte allgemeine Analogie zur Entscheidung dieses besondern Falles abgeben. [6])

hier namentlich auch an die bekannte frühere Rechtsübung hinsichtlich der Berechnung der jetzt abgeschafften Zusatztage bei Nothfristen zu erinnern, s. Zentner, Rechtsmittel Auflage 2 zu §. 1145 der Pr.O.

[5]) Vergl. Einführungsgesetz zur bürgerlichen Prozeßordnung von 1831 Art. 2, 3, Schlußbestimmungen der bürgerlichen Prozeßordnung von 1851 Art. II., Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 3. 1845 §. 6. 7, Gesetz vom 5. Februar 1851 §. 7. 8 und §. 143. 145 bis 147. Das Einführungsgesetz von 1864 enthält zum Theil Bestimmungen außerordentlicher Art.

[6]) Wenn die Art. IV., V. VIII. des Einführungsgesetzes zur Str.P.O. von 1854, kraft Analogie, für anwendbar angenommen worden wären, so hätte man in strengster Auffassung der darin zu findenden Grundsätze (übrigens unseres Erachtens doch nicht ohne eine über den Wortlaut noch hinausgehende Ausdehnung der gegebenen Vorschriften) zu dem Ergebniß gelangen können, daß nun nach Wegfall des abgekürzten Verfahrens der ganze Prozeß in der Form des gewöhnlichen Verfahrens (in Preßsachen) von Neuem hätte durchgemacht werden müssen, eine Ansicht, die auch im Schooße des Gerichtshofs Vertretung fand, aber nicht die Mehrheit für sich gewann.

Der Gerichtshof entschied sich daher aus überwiegenden Gründen für die Erledigung der betreffenden Frage in obigem Sinne, obwohl er in vollem Maaße anerkennt, daß dem Angeklagten die erweiterten Rechte, die ihm das neue Preßgesetz in §. 12 und flgde. strafrechtlich gewährt, allerdings ungeschmälert zu gut kommen müssen.

Einführungsgesetz vom 5. Februar 1851 §. 7.

Diese Rechte gehörig geltend zu machen, hatte derselbe auch bei der eingehaltenen abgekürzten Form des Verfahrens volle Gelegenheit, während er hiebei gezeigt hat, daß er von der Darstellung des Verfassers nach Maaßgabe des §. 13 des Str.P.G. überall keinen Gebrauch zu machen gedachte; hiernach würde jedenfalls eine sachliche Beschwerung für den Angeklagten in keiner Richtung zu unterstellen sein.

Vrgl. die Regierungsbegründung zum Entwurf der Strafprozeßordnung §. 371 — 383.

Oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. Bd. 13 S. 180 ff.

Ammann, Strafprozeßordnung §. 373 Note 7.

Was nun die zuerst angeführte Beschwerde betrifft, so liegt die Eröffnung eines förmlichen Verweisungsbeschlusses an den Angeklagten und die Gewährung einer besondern Frist zur Beschwerdeführung hiegegen mit Aufhaltung des Verfahrens im Falle des nach Obigem hier anwendbaren §. 367 der Str.P.O. unzweifelhaft nicht im Sinne der Gesetzgebung. [7]) Es würde die entgegengesetzte Auffassung des Gesetzes nicht nur der Fassung des

[7]) Von Seiten der großh. Staatsanwaltschaft wurde bei der Verhandlung in scharfsinniger Weise darzulegen versucht: Im eigentlichen Anklageverfahren finde überhaupt kein Verweisungsbeschluß Statt. Str.P.O. §. 323. Bei Privatanklagen sei in der That eine Verweisung ganz überflüssig, die Anklage müsse schon alles Erforderliche enthalten und die Anklagekammer sei unbedingt an den gestellten Antrag gebunden. Selbstverständlich finde daher auch kein besonderes Rechtsmittel gegen die Verweisung Statt, sondern nur eine gewöhnliche, einfache Beschwerdeführung ohne Suspensiveffect. Preßsachen seien nun zwar nicht immer Privatanklagesachen und ihnen nicht ganz gleich zu setzen, aber doch nach Str.P.O. §. 362 u. ff. vom Gesetz in ganz ähnlicher Weise behandelt, namentlich müsse in gleicher Weise nach §. 364 eine Anklage vorher gehen, der §. 365 weise geradezu auf die §§. 321. 322 (im Titel von der Privatanklage) hin, und von einer förmlichen Verweisung sei nirgends die Rede (vrgl. §. 366),

§. 367 nicht entsprechen, sondern auch mit dem Geiste und Zwecke dieser Gesetzesbestimmung in auffallenden Widerspruch gerathen, da es hiedurch lediglich in die Hand des Angeklagten gelegt wäre, die vom Gesetz bezweckte besondere Abkürzung und Beschleunigung des Verfahrens nach Belieben sofort zu vereiteln und so den Hauptzweck und die wesentliche Bedeutung des abgekürzten Verfahrens, das ein besonders beschleunigtes sein soll (nach §. 369 der Str.P.O. gelten Preßsachen überhaupt als eilende), in Wahrheit zu vernichten. Diese Beschwerde ist daher grundlos.

2) Die in der Verhandlungstagfahrt vom Angeklagten gestellte Bitte um Aussetzung der Verhandlung, beziehungsweise Tagfahrtsverlegung zu dem bezeichneten Zwecke hätte je nach Umständen Berücksichtigung finden können. Nach der Art, wie solche begründet wurde, wies jedoch das Gericht in Ermangelung eines gesetzlich genügenden Rechtfertigungsgrundes gemäß der Str.P.O §. 223 die Bitte zurück. Nach der hier anwendbaren Bestimmung des §. 414 hatte die Beschwerdeführung keine aufschiebende Wirkung. Eine begründete Beschwerde liegt demnach auch hier nicht vor. *)

3) Was den Inhalt der Verweisungsverfügung betrifft, welche anzufechten dem Angeklagten allerdings noch freistehen mußte, weil sich sonst eine nicht mehr gut zu machende Rechtsbeeinträchtigung für ihn ergeben konnte, so beschwert er sich ferner darüber, daß die Sache nicht an das Schwurgericht verwiesen wurde, wohin sie sich der Schwere der Anschuldigung gemäß nach Ziffer 41 der Beilage II. der Gerichtsverfassung eigne. Diese Beschwerde zeigt sich aber nach Ziff. 41 in Vergleichung mit Ziffer 42 der genannten Beilage ebenfalls als grundlos.

Durch den Beschluß vom 7. April d. J., wodurch die großh. Raths- und Anklagekammer unter Hinweisung auf §. 26 Abs. I. der Gerichtsverfassung die Sache an die großh. Strafkammer verwies, hat nämlich die erstere zweifellos zu erkennen gegeben, daß nach ihrem Ermessen eine höhere als die beantragte sechsmonatliche Gefängnißstrafe nicht zu erkennen sei, die Sache daher nicht vor das Schwurgericht gehöre, die in der erwähnten Ziffer 41 vorgesehene Voraussetzung für die Zuständigkeit des Schwurgerichts war somit jedenfalls hier nicht als vorhanden anzunehmen, soweit dieselbe auch in einem Falle wie der vorliegende entscheidend war *), was bei solcher Sachlage keiner weiteren Prüfung bedarf.

4) Aus dem Angeführten ergibt sich von selbst, daß auch die fernere Beschwerde des Angeklagten wegen Verwerfung des Antrags auf Unzuständigerklärung und wegen angenommener Zuständigkeit von Seiten der großh. Strafkammer grundlos erscheint.

II. Die weitere Hauptbeschwerde des Angeklagten wegen unrichtiger Gesetzes-Auslegung und Gesetzes-Anwendung bei Fällung des Urtheils, in so fern es an einer unter das Strafgesetz fallenden Handlung fehle, erweist sich gleichfalls als unbegründet.

Vor Allem unterliegt die Haftbarkeit des Angeklagten für den unter Anklage gestellten Artikel als Herausgeber der Druckschrift sowohl nach §. 13 des neuen, als nach §. 19 des alten Preßgesetzes im Allgemeinen keinem Zweifel; derselbe ist (nach Maaßgabe des früheren Systems) auf dem Blatt selbst als Redacteur genannt

---

auch könne nach §. 370 in allen Preßsachen ohne Unterschied keine höhere Strafe erkannt werden, als diejenige, welche der Ankläger beantragte.

Diese Auffassung, die allerdings im Gesetze manche Anhaltspunkte zu finden scheint, steht indeß in ihrer Allgemeinheit mit der bisher vorherrschenden Uebung der Gerichte im Widerspruch. Der oberste Gerichtshof war schon häufig in der Lage über Beschwerdeführungen gegen Verweisungsbeschlüsse in Preßsachen zu entscheiden. Für die fragliche Uebung sprechen auch erhebliche sachliche Gründe. Der Gerichtshof ging daher auf die angeführte Auffassung seinerseits nicht ein.

*) Ob es bei der ganz besonderen Sachlage nicht angemessener gewesen wäre, wenn das urtheilende Gericht eine Tagfahrtsverlegung, ohne längere Verzögerung der Sache, gewährt hätte, mag dahin gestellt bleiben.

*) Der vorliegende Fall stand auch in dieser Richtung dem bekannten Fall „Gervinus," auf welchen von der Vertheidigung hingewiesen wurde (Oberhofgerichtliche Jahrbücher, n. F. Bd. 13 S. 7—11), keineswegs ganz gleich, indem das Verbrechen des Hochverraths unbedingt vor die Geschworenen gehört, das Vergehen der Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung aber (nach Ziff. 41 der Beilage II. der Gerichtsverfassung) nur in eigenthümlich bedingter Weise, nach Ermessen der Anklagekammer, den Schwurgerichten zugewiesen ist, so daß es sich hier um die Frage handelt, wie die Ziffern 41 und 42, als zwei nur bedingt gefaßte Zuständigkeitsbestimmungen in ihrem gegenseitigen Verhältniß aufzufassen und im Sinne der Gesetzgebung zu vereinigen sind? Nach Inhalt der Begründung, welche der Abgeordnete Prestinari in seinem Commissionsbericht zu §. 30a der Gerichtsverfassung für die vorgeschlagene Einschaltung der Ziff. 40a

und hat sich bei der Verhandlung selbst als solcher bekannt.

Eine Darstellung des Verfassers zur Verweisung der Anklage gegen diesen hat der Angeklagte in keiner Weise versucht, weder unter den Voraussetzungen des alten Gesetzes, noch unter denen des neuen Gesetzes, wozu übrigens auch gehörte, daß der Angeklagte nicht vorsätzlich zur Verübung des Vergehens mitgewirkt hätte. Nach den Verhältnissen des Falles, da der betreffende Artikel „Ausblick“ einer schweizerischen Zeitschrift entnommen wurde, ist auch gar nicht wohl zu unterstellen, daß der Angeklagte eine Person, die sich in der richterlichen Gewalt des Staats befindet, oder zur Zeit der Verübung des Vergehens im Inlande ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hatte, beibringen zu können in der Lage war. [10])

Ebenso ist die Verbreitung der Schrift durch Setzung in Verkehr nach §. 15 des neuen, wie nach §. 24 des alten Gesetzes außer Zweifel.

Was aber die Würdigung des Inhalts des Artikels nach dem hier maaßgebenden §. 630 des Str.G.B. betrifft, so kommt in Betracht:

Im Ganzen ist der Artikel sehr allgemein gehalten, er greift die Zustände im monarchischen Europa auf das Heftigste an. Nach der Bestimmung des §. 630 des Str.G.B. genügt es aber, wenn der Angeklagte auf die darin näher bezeichnete Weise gegen die constitutionelle Monarchie überhaupt aufzureizen suchte, weil darin immer auch eine Aufreizung der badischen Staatsangehörigen gegen ihre Staatsverfassung zu finden ist.

(jetzt Ziff. 41 der mehrgenannten Beilage) gegeben hat, rechtfertigt sich die Annahme, daß die Bestimmung der Ziff. 41, obwohl der Ziff. 42 im Gesetz vorangestellt, nur auf die nicht durch die Presse verübte Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung zu beziehen ist. Man wollte, wie aus dem Bericht deutlich erhellt, der Consequenz wegen, das bezügliche Vergehen auch dann, wenn es nur durch mündliche Rede, beziehungsweise nicht durch die Presse verübt wurde, nach ähnlichem Maaßstabe in entsprechender Weise den Schwurgerichten zuweisen, nicht aber die Bestimmung der Ziff. 42 beschränken. — Es erschien daher auch in dieser Rücksicht die Beschwerde unseres Erachtens nicht begründet.

[10]) Nach Inhalt der in der folgenden Note näher bezeichneten stenographischen Aufzeichnungen, die selbstverständlich für den Richter nicht als maaßgebend gelten konnten, sagte der Angeklagte am Schlusse der Verhandlung vor der großh. Strafkammer ausdrücklich, den Verfasser des angeklagten Artikels ziere ein allgemein hochgeschätzter, ihm wohlbekannter Name, allein er habe die Uebung des Grundsatzes, niemals einen Verfasser zu nennen, bereits gerichtlich erprobt.

Vergl. namentlich den Commissionsbericht der II. Kammer zu §. 630 des Str.G.B., Fassung vom Jahr 1850 — 1851, sodann Bekk, Anmerkungen zum Gesetz vom 5. Februar 1851 S. 6.
Oberhofgerichtliche Jahrbücher, neue Folge Bd. 13 S. 19 Ziffer 4.

Uebrigens ist im 3. Absatz des Artikels auf die dort als schein-constitutionell bezeichneten Regierungen in Nord- und Süddeutschland im Gegensatz zu den liberalen in Italien und Belgien und den absolutistischen und despotischen in Frankreich und Rußland besonders hingewiesen. Der betreffende Absatz schließt mit der Bemerkung: „Die Völker empfangen thatsächlich ihre Befehle aus Kranken- und Irrenhäusern.“ [11])

Daß nun durch den fraglichen Artikel im dargelegten Sinne des Gesetzes gegen die constitutionelle Monarchie, gegen die Monarchie im Allgemeinen, aufzureizen gesucht wurde, läßt sich mit Grund nicht bezweifeln.

Im zweiten Absatz wird nach einer sehr trüben Schilderung der gegenwärtigen politischen Zustände unter Hinweisung auf den Cäsarismus und Militarismus der Gegenwart geradezu ausgesprochen:

> „Die Völker müssen zur Selbsthilfe schreiten, wenn sie nicht gänzlich in den Abgrund der Verarmung und Verknechtung versinken wollen. Gründlich können sie aber nur genesen, wenn sie sich Selbstzweck werden, ihre Souveränität zur Wahrheit machen. Wir halten es für rein unmöglich, daß der gegenwärtige Höllenbreughel! [12]) im monarchischen Europa anders, als durch die Republik aus der Welt geschafft werde. Wenn der Staat ein nothwendiges Uebel ist, so ist der Fürst sicher ein überflüssiges“ u. s. w.

Hierin liegt offenbar eine Aufreizung gegen die Monarchie überhaupt, und auch gegen die constitutionelle Monarchie.

[11]) In der im Verlag von Schneider erschienenen Broschure „Prozeß J. Schneider,“ verhandelt vor der Strafkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim nach stenographischen Aufzeichnungen, S. 6 ff., ist diese Stelle bei Abdruck des verlesenen Artikels „Ausblick“ nicht mit aufgenommen, das Nämliche gilt von anderen Hauptstellen des Artikels. Dieselben sind durch Punkte ersetzt.

[12]) Höllenbreughel, bekannter Beiname eines niederländischen Malers (Pieter Breughel, Sohn), der vorzüglich Teufelserscheinungen u. dgl. schilderte.

Die Selbsthilfe, wozu im Artikel anzuregen gesucht wird, soll nach der nachgeschickten ausdrücklichen Erklärung zur Republik, also zur Vernichtung der constitutionellen Monarchie führen.

Der Fürst wird als ein Uebel und zwar als ein überflüssiges hingestellt. Dies geschieht zwar in einer bedingten Redeform, jedoch in solcher Weise, daß der Ausspruch in seiner Verbindung mit dem, was unmittelbar vorhergeht, der Sache nach als ein unbedingter erscheinen muß.

Am Ende des Artikels, im 6. Absatz wird der Schluß des vorletzten Aktes von Shakespears Macbeth; „Macbeth ist reif zur Erndt." u. s. w. [13]) den Franzosen und allen unterdrückten Völkern (vergl. Absatz 1 und 4) ermuthigend zugerufen, wobei ihnen im Voraus zu dem erwarteten unvermeidlichen Umschwung — im Sinne der Selbstregierung ohne Monarchie — Glück gewünscht wird.

Es fällt hiernach der Artikel allerdings unter §. 630 des Str.G.B. Das Vorhandensein des Vorsatzes auf Seiten des Angeklagten ist bei dem Mangel jedes Nachweises über die Unvorsätzlichkeit und vermöge der wohlbegründeten Unterstellung, daß der Herausgeber einer Zeitschrift die aufzunehmenden Artikel, für die er haftet, auch liest und prüft, überall nicht zu beanstanden.

Eine weitere eventuell beigefügte Beschwerde des Angeklagten, daß auf eine höhere, als die in §. 631 g des Str.G.B. gestattete Geldstrafe erkannt worden sei, beruht, wie sich in der Verhandlung bestätigt hat, auf einem Mißverständniß, indem nach §. 631 g des Str.G.B. auf Geldstrafe von 50 bis zu fünfhundert Gulden [14]) in den fraglichen Fällen erkannt werden kann.

Diese Beschwerde zerfällt daher in sich, da das Strafmaaß innerhalb der gesetzlichen Grenzen zu prüfen, dem obersten Gerichtshofe nicht zusteht.

Hiernach, gemäß Str.P.O. §. 426 hinsichtlich der Kosten, rechtfertigt sich die ergangene Entscheidung.

E. Brauer.

---

[13]) „Macbeth ist reif zur Erndte, und dort oben
Bereiten ew'ge Mächte schon das Messer.
Faßt frischen Muth; so lang ist keine Nacht,
Daß endlich nicht der helle Morgen lacht."

[14]) In v. Jagemanns Ausgabe des Strafgesetzbuches steht in §. 631 g durch ein Druckversehen einhundert Gulden. Auf diesen sehr erheblichen Druckfehler, der das Mißverständniß veranlaßte, soll hier besonders aufmerksam gemacht werden.

104.

Die Klage des Bauherrn gegen den Baumeister und Bauunternehmer aus dem Werkverding (L.R.S. 1792) geht mit dem Eigenthum des Hauses auf den Erwerber desselben über, wenn nicht ein Vorbehalt derselben oder ein Verzicht auf dieselbe bedungen ist.

J. S.
des Gastwirths Häfeli-Guyer in Heidelberg, Klägers, Appellaten, Oberappellanten,
gegen
die Erben des Zimmermeisters Jak. Reiher dort, Beklagte, Appellanten, Oberappellaten,

Schadensersatz betr..

Kläger, welcher im Jahr 1866 das von J. Schrieder 1864 in Heidelberg erbaute Hôtel de l'Europe von dem Bauherrn gekauft hatte, belangte die Erben des Zimmermeisters J. Reiher, der um einen bestimmten Ueberschlagspreis die Zimmerarbeit des ersten, zweiten und dritten Stockes jenes Hauses gefertigt hatte, auf Schadensersatz gemäß L.R.S. 1792 vergl. mit 1799.

Zwei Durchzüge, welche die Decke des Speisesaals trugen, hatten sich gebogen, der eine derselben war sogar gebrochen; in Folge dessen hatten sich die Decke des Speisesaals und die Böden der darüber liegenden Zimmer gesenkt, in den Mauern entstanden Risse; wie die Sachverständigen erklärten — eine Folge von Fehlern der Bauart, da die Durchzüge für ihre Belastung zu schwach und auch an sich nicht ganz richtig construirt gewesen seien.

Das Gericht erster Instanz — die Civilkammer des Kreisgerichts Heidelberg — hatte dem Klagbegehren statt gegeben, indem sie am 13. Juli 1867 erkannte:

„Die Beklagten seien schuldig, dem Kläger — Liquidation vorbehalten — allen Schaden zu ersetzen, der durch die — in Folge der Anbringung der hölzernen Unterzüge im Speisesaale des klägerischen Gasthofs verursachte Senkung entstanden ist, und ihm Vergütung der Auslagen zu leisten, welche er bestritten hat, oder noch bestreiten muß, um die Senkung der Böden zu beseitigen und die Unterzüge durch taugliche zu ersetzen, „und zwar haben die beklagten Erben je nach ihrem Erbtheile haftbar, für das Ganze, die beklagte Wittwe für

die Hälfte zu haften. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Beklagten und ihr Nebenintervenient Joseph Schrieder je die Hälfte sammtverbindlich für das Ganze zu tragen."

Der Appellationssenat Mannheim wies aber den Kläger ab und hiegegen hat Letzterer die Oberappellation ergriffen. Seine Beschwerde erschien dem großh. Oberhofgericht als begründet, welches am 19. Juni 1868 erkannte:

> Das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim, Appellationssenat II., vom 21. November v. J. sei aufzuheben und das des großh. Kreisgerichts Heidelberg, Civilkammer, vom 13. Juli 1867 wieder herzustellen, unter Verfällung der Beklagten auch in die Kosten des zweiten und dritten Rechtszugs.

Entscheidungsgründe.

Das abweisende Urtheil des Zweitinstanzgerichts beruht auf der Ansicht, daß der Kläger zur Klage nicht legitimirt sei.

Die Vorschrift des L.R.S. 1792 ist nun aber, wie die Entstehungsgeschichte des betreffenden Art. des Code Nap. zeigt,

> Troplong, louage ad art. 1792 (éd. Bruxelles nro. 996 p. 275),

zunächst im öffentlichen Interesse gegeben. Die Größe der Gefahr, die der ganze oder theilweise Einsturz eines Bauwerks mit sich bringt, hat den Gesetzgeber bewogen, dem Erbauer — Architecten sowohl als Werkmeister, insoferne Letztere als Unternehmer eines Theils erscheinen — die strenge Beobachtung der Regeln seiner Kunst einzuschärfen und ihn für jeden Fehler der Bauart und des Bodens verantwortlich zu machen. Er darf nur auf einem Boden und auf eine Weise bauen, die wenigstens 10 Jahre lang keinen Fehler zu Tag treten läßt, und selbst der ausgesprochene Wille des Bauherrn kann ihn von dieser Pflicht, beziehungsweise seiner Verantwortlichkeit nicht entbinden.

Schädliche Folgen einer Nachläßigkeit oder Unverständigkeit, die Dritten verderblich werden könnten, sollen dadurch ausgeschlossen werden, daß kein Baumeister sie ausführt.

Wenn nun das Gesetz, um Schaden zu verhüten, die Haftbarkeit des Baumeisters für Kunstfehler schlechthin festsetzt, so muß das Gesetz auch demjenigen, der durch Fehler des Baues beschädigt wurde, das Mittel gewähren, seine Entschädigungsansprüche geltend zu machen. Der Bauherr, der das schadhafte Gebäude veräußerte, hat kein Interesse mehr, klagend aufzutreten; ist ein Dritter der Beschädigte, so ist ihm zunächst der jeweilige Eigenthümer des Bau's verantwortlich, vorbehaltlich des Rückgriffs des Letzteren gegen den Baumeister; hat endlich der Eigenthümer selbst den Schaden erlitten, so steht ihm die Klage direct gegen diesen zu.

> L.R.S. 1792 vergl. mit L.R.S. 1383 1386,
> Zachariä, Bd. II. §. 448 in fin.
> Brauer, Erl. III. S. 619—20, V. §. 977.

Es ist hiernach überflüssig, zu untersuchen, ob Kläger als Rechtsfolger des Bauherrn nach L.R.S. 1122 unter der Voraussetzung als legitimirt erscheine, daß — wie die I. Instanz angenommen — die Klage aus L.R.S. 1792 lediglich aus dem zwischen Bauherrn und Bauunternehmer abgeschlossenen Werkverdingsvertrage entspringe, wiewohl sehr erhebliche Gründe für Bejahung dieser Frage sprechen *), da das Haus cum omni causa auf den Käufer übergangen ist, somit die Klage, welche die entsprechende Herstellung des fehlerhaft befundenen Theiles des Gebäudes bezweckt, sich mit demselben identificirt hat und von selbst mit demselben verkauft worden ist, ohne daß es einer besondern Cession derselben bedurfte.

Die Einreden: „der Kaufpreis sei mit Rücksicht auf den Zustand des Hauses festgesetzt worden" und „Schrieder habe seine Rechte nicht auf den Käufer übertragen wollen," können — abgesehen von der mangelhaften thatsächlichen Begründung — die Legitimation des Klägers nicht zerstören.

Der Kläger hätte in dem mit Schrieder abgeschlossenen Kaufvertrage auf seine Rechte gegen die Beklagten verzichten, oder Schrieder sich diese Rechte aus-

---

*) Bei der Diskussion war auch die Ansicht vertreten, der L.R.S. 1792 enthalte zunächst nur eine Anwendung des in L.R.S. 1383 ausgesprochenen Grundsatzes auf das Werkverding, aber in zwei Richtungen selbstständige Bestimmungen, einmal nach dem Wortlaut die, daß die Haftbarkeit des Baumeisters nicht länger als 10 Jahre dauere, dann nach der Entstehungsgeschichte des Artikels die, daß der Baumeister sich mit der Behauptung nicht entschuldigen könne, er habe sich nach den Wünschen und Anordnungen des Bauherrn gerichtet.

Die Klage aus L.R.S. 1792 komme sonach nicht nur etwa aus dem Bauvertrage dem Bauherrn, sondern als eine vom Gesetz gewährte auch dem Käufer des Hauses unmittelbar gegen den Baumeister zu.

drücklich vorbehalten müssen, damit die Beklagten hieraus etwas für sich Günstiges ableiten könnten. Beides ist nicht behauptet.

Der Kläger erscheint hiernach zur Klage legitimirt, dieselbe ist auch in Rechten gegründet und durch die Zugeständnisse des Gegentheils, den richterlichen Augenschein und den Ausspruch der Sachverständigen bewiesen. Es erübrigt nur noch die Prüfung der derselben entgegengesetzten Einreden. Hievon sind die der Activlegitimation entgegenstehenden schon oben gewürdigt worden und es bleiben nur noch zwei zu prüfen übrig.

Der Klage wird nämlich zunächst entgegengesetzt: Die Senkungen seien nicht durch Fehler der Zimmermanns-, sondern der Maurerarbeit entstanden, indem man die Durchzüge zu stark belastet, nämlich auf jeden derselben im zweiten Stock massiv gebaute Kamine aufgesetzt habe.

Allein dies Vorbringen ist unerheblich. Die entscheidende Behauptung fehlt, die Behauptung nämlich, daß diese Kamine im Plane nicht vorgesehen gewesen seien. Der Bau wurde zugestandenermaaßen nach einem Plane ausgeführt, von dem Reiher Kenntniß genommen haben mußte, indem er gegen seine Pflicht gehandelt hätte, wenn er dies nicht gethan, also daraus keine Entschuldigung herleiten könnte. Seine Obliegenheit war es sodann, nach den Regeln seines Gewerkes zu beurtheilen, ob die Durchzüge, die er anbringen wollte, stark genug seien, um jene Kamine zu tragen; war dies nicht der Fall, so durfte er die Zimmerarbeit nicht — wie geschehen — ausführen, oder er war für den Schaden verantwortlich.

Nur wenn jene Kamine im Plane nicht vorgesehen oder nicht so ausgeführt waren, wie sie dem Plane nach ausgeführt werden sollten, wäre Reiher entschuldigt. Allein Beides ist nicht behauptet.

Aehnlich verhält es sich mit der zweiten Einrede: Es seien ursprünglich eiserne Säulen zur Unterstützung der Durchzüge projectirt gewesen, „hinterher" aber weggelassen worden. Wenn diese Säulen auch ursprünglich projectirt waren, dies Project aber aufgegeben wurde, so könnte dies bezüglich der Haftbarkeit der Beklagten nur dann in Betracht kommen, wenn bestimmt behauptet worden wäre, daß Reiher diese Säulen der Berechnung der Stärke seiner Durchzüge zu Grund legen mußte, dieselben aber, nachdem die Arbeit in jener Voraussetzung ausgeführt worden, nicht aufgestellt worden seien. Denn die Behauptung, es seien die Säulen auf Anordnung des Bauherrn weggelassen worden, befreit ihn von der Verantwortlichkeit nicht; Reiher mußte dann seine Durchzüge so construiren, daß sie ohne jene Unterstützung den Ueberbau tragen konnten — oder er durfte sie nicht ausführen, und haftet in beiden Fällen für die Folgen seiner Arbeit; auch Vorstellungen an den Bauherrn, denen dieser keine Folge geleistet, können den Werkmeister seiner Haftbarkeit nicht entbinden.

Allein so wie die Behauptung im Vorprozesse aufgestellt wurde, ist sie zu vag, um daraus entnehmen zu können, daß die bei dem Bau gemachten Kunstfehler dem Rechtsvorfahren der Beklagten nicht zur Last fielen, und in der heutigen Verhandlung hat der Anwalt der Letzteren nicht vermocht, die Einrede thatsächlich besser zu begründen. „Die Säulen, welche der festgestellte Plan enthalten, seien nach Beginn der Zimmerarbeit weggelassen worden — etwas Positives sei er jedoch anzugeben außer Stande" — diese von dem Vertreter der Beklagten abgegebene Erklärung kann die Einrede der mangelnden Verschuldung nicht begründen und die Klage nicht elidiren.

Hiernach mußte das Urtheil des Appellationssenats aufgehoben und das Urtheil der Civilkammer wieder hergestellt, im Hinblick auf §. 170 der P.O. wegen der Kosten aber erkannt werden, wie geschehen. Red.

105.

Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung.

§. 631 c des Str.G.B.

In der Anklagesache gegen Pfarrer Gamber von St. Georgen wegen Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung hat das großh. Oberhofgericht am 2. Mai 1868 das verurtheilende Erkenntniß der Strafkammer aus folgenden Gründen cassirt:

„Die vom Angeklagten gegen das Strafurtheil vom 18. März d. J. erhobene Nichtigkeitsbeschwerde macht geltend, daß der Strafrichter dem seinem Urtheile zu Grunde gelegten Gesetze — §. 631 lit. c des Str.G. — eine unrichtige Auslegung und Anwendung gegeben habe. Die Beschwerde erscheint hiernach gemäß §. 373 Ziff. 7 der Str.P.O. als statthaft, und sie muß auch für begründet erkannt werden.

Der Angeklagte ist beschuldigt, in der Pfarrkirche zu St. Georgen, somit an einem öffentlichen Orte, von der Benützung des — durch Beschluß des Ortsschulrathes vom 24 November 1867 zum Gebrauche eingeführten — Pflüger'schen Lesebuchs in der dortigen Schule abgemahnt und dadurch sich einer Aufforderung zum Ungehorsam gegen eine Anordnung der zuständigen öffentlichen Behörde, und damit des Vergehens, das der §. 631 lit. c des Str.G. mit Strafe bedroht, schuldig gemacht zu haben.

Ein wesentliches Merkmal zum Thatbestande dieses Vergehens bildet hiernach die Zuständigkeit der betr. Behörde. Diese muß, wie Bekk, oberhess Jahrb. n. F. XIII. S. 407—8, bemerkt, überall nach den Gesetzen — oder den diesen gleichstehenden öffentlich verkündeten landesherrl. Verordnungen geprüft werden. Eine solche Prüfung führt jedoch zu dem Ergebniß, daß der Ortsschulrath zu St. Georgen zur Erlassung einer Verfügung oder Anordnung, wie die oben erwähnte, nicht als zuständig betrachtet werden kann. — Das Institut des „Ortsschulrathes" wurde durch das Gesetz vom 29. Juli 1864 begründet, welches in seinen §§. 1 und 6 als Aufgabe jener Behörde die örtliche „Aufsicht" über die Volksschule und die „Verwaltung" des örtlichen Schulvermögens bezeichnet, und es wurde diese Aufgabe durch die Vollzugsverordnung dazu vom 30. August 1864 selbstverständlich nicht geändert und erweitert, vielmehr in den §§. 7—21 und durch die in §. 7 erfolgte Rückweisung auf die landesherrliche Verord. vom 15. Mai 1834 nur erläutert, und es ist dies insbesondere, soweit es unsere Frage betrifft, in §. 8 der V.V. dahin geschehen, daß „der Ortsschulrath den Vollzug der das Volksschulwesen betreffenden Gesetze und Verordnungen und der Verfügungen der ihm vorgesetzten Behörden, also namentlich auch die genaue Beobachtung der auf den Lehrplan und die Schulordnung bezüglichen Vorschriften zu überwachen und zu besorgen habe." — Das Recht einer selbstständigen Verfügung, namentlich über Einführung von Schulbüchern, ist dem Ortsschulrathe nirgends eingeräumt, — und es muß daher, wenn es sich in dieser Beziehung um dessen Gewaltsbefugniß handelt, auf die bisherige Gesetzgebung zurückgegriffen werden. — Als in dieser Hinsicht allein maßgebende Bestimmung erscheint nun die landesherrliche Verordnung vom 15. Mai 1834, auf welche die V.V. vom 30. August 1864 in § 7 selbst ausdrücklich zurückweist. Auch die Verordnung von 1834 räumt in den hier einschlagenden §§. 36—44 den damaligen „Ortsschulinspectoren" und dem „Schulvorstande", deren Befugnisse und Obliegenheiten nun dem Ortsschulrathe zustehen, nur reine Aufsichthandlungen ein, wogegen der §. 50 diejenigen Behörden bezeichnet, welchen die oberste Leitung und Entscheidung in Schulangelegenheiten zustehen soll. Darnach hatte die damals bestehende „Oberschulbehörde" wohl im Allgemeinen die Leitung und Verwaltung in Schulangelegenheiten; auch sie war jedoch hierin insofern beschränkt, als ihr unter andern bezüglich allgemeiner Verordnungen, insbesondere auch hinsichtlich der Einführung neuer Schulbücher, nur das Recht der Vorschläge an das Ministerium des Innern eingeräumt war. Dieses letztere ist es also allein, dem bis zum Gesetze von 1864 eine entscheidende Verfügung bezüglich der Einführung neuer Schulbücher zustand und noch zusteht, da weder dieses Gesetz daran eine Aenderung getroffen hat, noch dies durch eine andere in gesetzlicher Weise verkündete und daher allgemein verbindende höchste Verordnung geschehen ist. Auch ist die Unterscheidung nicht gerechtfertigt, daß zwar, wo es sich um allgemeine Einführung neuer Schulbücher handle, das Ministerium, wo es sich aber um eine solche Einführung in einer einzelnen Schule handle, der betr. Ortsschulrath für zuständig zu achten sei, — da dem Ortsschulrathe nur streng abgegrenzte Aufsichts- Verwaltungs- und Vollzugshandlungen zustehen, dagegen keine derartige Entscheidung eingeräumt, der gedachte §. 50 vielmehr die einzige gesetzliche Bestimmung ist, welche die Einführung neuer Schulbücher regelt.

Die Einführung des Pflüger'schen Lesebuches in der Schule zu St. Georgen stand hiernach dem Ortsschulrathe daselbst gesetzlich nicht zu, und kann dessen Zuständigkeit im Sinne des Str.G. auch nicht dadurch begründet werden, daß die Einführung jenes Lesebuchs von dem Oberschulrathe in seinem Verordnungsblatte zur Einführung empfohlen und dies von großh. Ministerium des Innern gebilligt worden ist, worüber nachträglich die in scriptis ergangenen Erlasse vorgelegt wurden. In Folge hievon mögen zwar die Ortsschulräthe sich zu Einführung jenes Lesebuchs je nach eigenem Ermessen für ermächtigt gehalten haben, und jedenfalls waren sie gegenüber den höheren Behörden von jeder Verantwortlichkeit hierwegen befreit; dagegen war hierdurch das, was von der freien Entschließung eines

hiefür gesetzlich unzuständigen Ortsschulraths ausgegangen ist, nicht zur „Verfügung und Anordnung der zuständigen Behörde“ geworden, und insbesondere vermag der Strafrichter, der bei seinen Erkenntnissen nur das Gesetz und was demselben gleich zu achten, zur Richtschnur zu nehmen hat, in dem Ungehorsam gegen jene Entschließung den Thatbestand des Vergehens des §. 631 c nicht zu erkennen.

Der vom Ortsschulrath ausgegangene Beschluß kann auch nicht als eine blose Vollzugshandlung im Sinne des §. 8 der V.V. von 1864 betrachtet werden; da, wo es sich nur um den Vollzug einer ergangenen Verfügung handelt, dieser seiner Natur nach nicht von dem eigenen Ermessen der untern Behörden abhängen kann, sondern lediglich in der Ausführung dessen besteht, was von der hiefür zuständigen höheren Behörde bestimmt beschlossen und angeordnet worden ist.

Wenn man übrigens auch annehmen wollte, daß großh. Ministerium des Innern die ihm zustehende allgemeine Anordnung über die Einführung eines Lesebuches in Volksschulen in der Weise treffen könne, daß dieses Buch von dort aus im Allgemeinen gut geheißen, die Einführung desselben in die einzelnen Schulen aber noch von dem Ermessen des betreffenden Ortsschulrathes abhängig gemacht, und die Einführung also beim Hinzutritt dieser Zustimmung zwangsverbindlich werden sollte, — so hat von Seite großh. Ministeriums des Innern eine öffentliche Bekanntmachung über eine derartige Anordnung in üblicher Weise nicht stattgefunden, und eine erst jetzt nachträglich beigebrachte desfallsige Correspondenz zwischen großh. Ministerium des Innern und großh. Oberschulrath kann gegenüber den Staatsangehörigen und für den Strafrichter jenen Mangel der Bekanntmachung nicht ergänzen, und zwar um so weniger, als der großh. Oberschulrath sich in der betreffenden Bekanntmachung nicht auf eine solche Ministerialgenehmigung bezogen, und ebensowenig der Ortsschulrath die von ihm getroffene Anordnung als ursprünglich von großh. Ministerium des Innern ausgegangen dargestellt hat.

Endlich ist auch der Umstand nicht entscheidend, daß — wie in den Entscheidungsgründen der Strafkammer thatsächlich festgestellt ist — der Angeklagte im Allgemeinen gewußt habe und notorisch sei, daß die Einführung des Pflüger'schen Lesebuches von dem Oberschulrath und in Folge hievon von den Kreisschulbehörden zur Einführung empfohlen und dies von großh. Ministerium des Innern gebilligt worden sei. Denn in der von dem Angeklagten öffentlich verlesenen, von demselben in gleichem Sinne erläuterten Ansprache des erzbischöfl. Ordinariats „an die kathol. Eltern“ vom 5. Dezember 1867 ist — und zwar nach Obigem mit Grund — darauf hingewiesen, daß die Einführung jenes Lesebuches nur empfohlen und nicht befohlen, und die Kreis- und Ortsschulräthe nach der bad. Schulgesetzgebung zu dessen Einführung für sich nicht zuständig seien, die Eltern daher auch kein Recht verletzten, wenn sie der Ermahnung des Ordinariats Folge leisteten.

Unter diesen Umständen kann nicht angenommen werden, daß der Angeklagte zugleich mit jener von der Strafkammer unterstellten Kenntniß das Bewußtsein erlangt hat, daß er sich durch Vorlesung und Erläuterung jener Ansprache gegen ein bestehendes Gesetz verfehle, daher auch hierauf dessen Schuld nicht gegründet werden.

Da es nach Obigem an einem wesentlichen Merkmale zum Thatbestand des fraglichen Vergehens mangelt, so bedarf es der weiteren Untersuchung nicht, ob in dem von dem Angeklagten eingehaltenen Benehmen eine Aufforderung zum Ungehorsam im Sinne des Gesetzes zu finden ist. Das Strafgericht hat schon in ersterer Beziehung das Gesetz unrichtig ausgelegt und angewendet, und war deßhalb nach Maßgabe des §. 385 der Str.Pr.O. das ergangene Urtheil aufzuheben und gemäß §. 430 der Str.P.O. der von der Anschuldigung zu entbindende Angeklagte auch von den Kosten freizusprechen.“

Die hohe Bedeutung, welche dieser Entscheidung mit Recht beizulegen ist, wird eine Erörterung der ihr zu Grunde gelegten Rechtsausführungen rechtfertigen.

Zunächst ist jedoch bezüglich des thatsächlichen Verhältnisses des Rechtsfalles hervorzuheben, daß ausweislich der in der gerichtlichen Verhandlung produzirten Beweismittel, das Ministerium des Innern mit Verfügung vom 2. Mai 1867 den Oberschulrath „ermächtigte, das von Oberschulrath Pflüger bearbeitete Lesebuch, wenn es die dortige Behörde als geeignet befunden, zum Gebrauche in den Volksschulen zu empfehlen,“ daß sodann der Oberschulrath unter dem 21. Juni den Aufsichtsbehörden der Volksschulen eröffnete, er nehme nicht nur keinen Anstand, den Gebrauch des zweiten Theils des fraglichen Lesebuchs in den Volksschulen zu gestatten, sondern empfehle denselben ausdrücklich sämmtlichen Schulaufsichtsbehörden zur Anschaffung und Einführung,

daß endlich der Ortsschulrath in St. Georgen am 24. November 1867 die Einführung des Buches in der dortigen Schule verfügte und diesen Beschluß sofort in Vollzug setzte.

Die Entscheidung des höchsten Gerichtshofes geht nun davon aus, daß dieser Beschluß des Ortsschulraths unzuständiger Weise erlassen sei, der Thatbestand des § 631 c, welcher eine Aufforderung zum Ungehorsam gegen Anordnungen der „zuständigen" Behörde voraussetze, somit nicht vorliege. Ob der Ortsschulrath in der That eine solche Anordnung niemals für sich allein zu treffen berechtigt sei, könnte füglich dahin gestellt bleiben, da nach dem oben Bemerkten in dem vorliegenden Falle die ausdrückliche Genehmigung des Oberschulrathes und des Ministeriums des Innern zu der Einführung des Buches erfolgt war; die von dem höchsten Gerichtshofe über die Befugnisse des Ortsschulrathes entwickelte Ansicht hat aber eine so bedeutende Tragweite für die rechtliche Stellung und die Wirksamkeit der Schulaufsichtsbehörden, daß es nicht überflüssig sein wird, gegen ihre Richtigkeit Einsprache zu erheben. Der Ortsschulrath hat allerdings nach dem Gesetze vom 27. Juli 1864 „die örtliche Aufsicht über die Volksschule" zu besorgen, und diese Aufgabe wird durch die Vollzugsverordnung näher dahin bestimmt, daß ihm in gleicher Weise wie früher dem Ortsschulinspector und dem Ortsschulvorstand der Vollzug der das Volksschulwesen betreffenden Gesetze, Verordnungen und Verfügungen der ihm vorgesetzten mit der Leitung des Volksschulunterrichts betrauten Behörden obliege. Aus dieser Bestimmung kann aber sicher nicht gefolgert werden, daß die Aufgabe des Ortsschulraths vollständig darin aufgehe, die höheren Anordnungen in mechanischer Weise buchstäblich zum Vollzug zu bringen, und daß ihm ohne Ausnahme jede selbstständige Verfügung, jedes eigene Ermessen bei der Beaufsichtigung der Schule untersagt sei. Eine solche Scheidung der Zuständigkeit zwischen leitenden und vollziehenden Behörden ist ganz unmöglich und mit derart beschränkten Vollzugsorganen würde die Verwaltung auch bei der vollendetsten Methode der Bureaucratie nirgends, am wenigsten auf dem Gebiete der Schule eine ersprießliche Wirksamkeit entfalten können. Will man über die Zuständigkeit des Ortsschulraths entscheiden, so genügt eben nicht, sich kurzweg auf seine Eigenschaft als vollziehende und beaufsichtigende Behörde zu beziehen, vielmehr wird die in Frage stehende Amtshandlung selbst in das Auge zu fassen und zu prüfen sein, ob sie ihrem Inhalte nach als eine Ausführung der von den leitenden Behörden aufgestellten allgemeinen Normen betrachtet werden könne, und hiernach ist es ganz möglich, daß der Ortsschulrath innerhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit auch die Einführung von Schulbüchern beschließen kann, bezüglich deren die obere Behörde sich etwa auf die Bezeichnung der bei der Auswahl zu beobachtenden Maximen beschränkt, im Uebrigen aber der eigenen Einsicht der Lokalbehörden vertraut.

In anderer Weise freilich gestaltet sich die Sache, wenn eine positive Bestimmung der Gesetze oder Verordnungen die Anordnung einer gewissen Maaßregel ausdrücklich der höheren Behörde vorbehält, und eine solche Bestimmung soll in §. 50 der Verordnung vom 15. Mai 1834 gefunden werden, welcher die Einführung neuer Schulbücher der Entscheidung des Ministeriums zuweist. Die Verordnung enthält aber eine derartige Vorschrift durchaus nicht. Sie schreibt der Oberschulbehörde volle Selbstständigkeit bei Verwaltung der Schulangelegenheiten nach Maaßgabe der bestehenden Verordnungen zu und fährt dann fort, daß an das Ministerium des Innern „alle Vorschläge über allgemeine Verordnungen, insbesondere auch hinsichtlich der Einführung neuer Schulbücher, gebracht werden müssen." Alle allgemeine Verordnungen über das Schulwesen sind also dem Ministerium vorbehalten, aber auch nur allgemeine Verordnungen, und soll demnach die Einführung eines Schulbuches durch allgemeine Verordnung erfolgen, so ist dies allerdings Sache des Ministeriums, will aber die Oberschulbehörde nur in einzelnen Fällen den Gebrauch eines Buches anordnen, so hat sie selbstständig nach Maaßgabe der bestehenden Verordnungen zu verfahren. Dies ist der klare Sinn der Verordnung und wer den citirten Worten die Bedeutung unterschieben will, sie habe einmal die Vorschläge zu neuen Verordnungen, sodann die Einführung neuer Schulbücher, einerlei in welcher Weise sie erfolge, dem Ministerium zugewiesen, möge zuvor doch erwägen, welche Gewalt er der Sprache und der Logik der Verordnung anzuthun sich anschickt; sie handelt nicht von „allen Vorschlägen" schlechthin, sondern von „allen Vorschlägen über allgemeine Verordnungen," und unter diesen Vorschlägen hebt sie solche hervor, die die Einführung neuer Schulbücher im Wege einer allgemeinen Verordnung bezwecken.

Die Verschiedenheit der Normen über die Einführung neuer Schulbücher hat aber auch ihre gute innere Begründung, denn es ist offenbar eine sehr verschiedene Sache, ob ein Schulbuch in allen Schulen des Landes eingeführt, oder nur in einzelnen Fällen gebraucht werden soll, und seit dem dreißigjährigen Bestehen der Verordnung haben die Schulbehörden in zahlreichen Fällen zur Einführung von Schulbüchern in einzelnen Schulen sich für zuständig erachtet, Vorschläge über die allgemeine Einführung aber dem Ministerium unterbreitet. Die Unterscheidung zwischen allgemeiner und lokaler Einführung eines Schulbuches ist also nicht neu und nicht ungerechtfertigt, wie die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe ausführen; sie ist in der Verordnung enthalten und der Ausleger kann demnach nicht eine, zudem noch unhaltbare Definition der Befugnisse des Ortsschulraths herbeiziehen, um zu beweisen, daß eine Unterscheidung gar nicht gemacht werden könne.

Dem sei übrigens, wie ihm wolle. Zugegeben, der Ortsschulrath könne nur mit Genehmigung der höheren Behörden ein Schulbuch einführen, so ist diese Genehmigung erfolgt. —

Allerdings, aber sie konnte in rechtsgültiger Weise gar nicht ertheilt werden, der Ortsschulrath kann auch durch diese Genehmigung nicht zuständig werden, so lautet die weitere Argumentation der oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe. — Wie soll aber das Ministerium, weil es ausschließlich die Behörde ist, welche den Gebrauch eines Schulbuches anordnen kann, behindert sein, die Einführung nur in den Gemeinden veranlassen, in welchen der Ortsschulrath sich für dieses Buch ausspricht?

So gut es sich begnügen kann, nur auf Antrag des Ortsschulraths die Einführung anzuordnen, kann es dieselbe auch im Voraus gutheißen und den Vollzug dem Ortsschulrath anheimstellen. Die Verordnung konnte doch vernünftiger Weise nicht wohl bezwecken, dem Ministerium zu verbieten, bei diesen Fragen der unteren Localbehörde irgend einen Einfluß zu gestatten, ihre Absicht war augenscheinlich vielmehr nur dahin gerichtet, bei Einführung neuer Schulbücher eine Prüfung der höheren Behörde herbeizuführen und den untern Behörden die Befugniß zu entziehen, ohne Wissen und Billigung des Ministeriums neue Bücher in Gebrauch zu nehmen. Diese Absicht ist aber vollständig erreicht, wenn das Ministerium ein Buch geprüft und sogar empfohlen hat, im Uebrigen aber die wirkliche Einführung dem Ermessen der untern Behörde anheim gibt. Allerdings gibt es im Staatsleben gewisse Functionen, welche die mit ihrer Wahrung betrauten Behörden selbst auszuüben haben und nicht an andere ganz oder theilweise übertragen dürfen, wie etwa ein Gerichtshof nach unseren jetzigen Anschauungen die ihm obliegende Rechtsprechung nicht anderen Gerichten zuweisen kann, aber ein solches Verhältniß liegt doch im Entferntesten nicht hier vor. Das Ministerium hat zudem die Prüfung des Lesebuchs selbst vorgenommen und seine Einführung in bedingter Weise angeordnet, der Ortsschulrath aber ist zur Einführung nur insofern unzuständig, als er nicht ohne höhere Genehmigung handeln kann, mit und Kraft dieser Genehmigung war aber seine Zuständigkeit begründet, und zwar auch gegenüber dem Strafrichter, der allerdings nur das Gesetz und was demselben gleich zu achten ist, zur Richtschnur zu nehmen, hierbei aber sich der gleichen Auslegungsmittel zu bedienen hat, wie die übrigen zur Anwendung der Gesetze berufenen Behörden.

Endlich wendet man ein, das Ministerium habe, wenn es auch zu einer bedingten Einführung des Lesebuches befugt gewesen sein sollte, doch die öffentliche Bekanntmachung seiner Anordnung unterlassen, und deßhalb könne dem Beschlusse des Ortsschulraths keine Rechtsverbindlichkeit zukommen. Auch diese Behauptung kann nicht zugegeben werden, denn so wenig der Beschluß des Ortsschulraths selbst nur durch öffentliche Bekanntmachung wirksam wurde, sowenig war die Publication der Verfügung nothwendig, auf welche der Ortsschulrath sich stützte. Der Beschluß des Ortsschulraths ging einfach dahin, daß fortan in der Schule zu St. Georgen ein bestimmtes Buch zum Unterricht gebraucht werde. Eine solche Anordnung über die Art und Weise, in welcher der Unterricht ertheilt werden soll, kann aber doch unzweifelhaft getroffen werden, ohne daß irgend eine öffentliche Bekanntmachung oder auch nur eine Insinuation an die Eltern nöthig fiele. Daß der Beschluß gefaßt und vollzogen wurde, genügt; schon hierdurch sind die Eltern, welche verpflichtet sind, ihren Kindern den Unterricht zu Theil werden zu lassen, und zwar in der von der Schulbehörde bestimmten Weise, auch verbunden, Alles zu unterlassen, wodurch die Ertheilung des Unterrichtes gestört oder gehemmt wird. Wird also ein bestimmtes Buch in der Schule benutzt, so dürfen die Eltern um dieser Thatsache willen die Kinder nicht abhalten, das Buch zu gebrauchen und wer sie öffentlich

auffordert, dies dennoch zu thun, verfällt der Strafbestimmung des §. 630 c, ohne daß er behaupten dürfte, die Anordnung der Schulbehörde, Kraft welcher der Gebrauch des Buches erfolgte, sei den Eltern oder gar ihm selbst nicht bekannt gegeben worden. Er mag nachweisen, daß er in Folge entschuldbaren Irrthums nicht geglaubt habe, durch seine Aufforderung einer obrigkeitlichen Anordnung entgegen zu treten, er kann aber doch nicht geltend machen, daß er nur solche Anordnungen zu beachten habe, die ihm persönlich oder im Allgemeinen öffentlich bekannt gemacht wurden.

Gesetze und Verordnungen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit einer vorgängigen Publikation, nicht aber Anordnungen der hier in Frage stehenden Art, bei welchen eine jedesmalige Verkündung ganz unausführbar und widersinnig wäre. Das Strafgesetz nennt aber neben den Gesetzen auch die Verfügungen und Anordnungen der Behörden und indem es außerdem selbst eine Aufforderung zum Ungehorsam gegen die zur Vollziehung derselben berufenen Organe mit Strafe bedroht, schließt es jeden Zweifel darüber aus, daß es nicht nur den Ungehorsam gegen allgemein bekannt gemachte Normen im Auge hat. Wenn sodann das Gesetz ausdrücklich nur von Verfügungen der „zuständigen" Behörden spricht, so ist damit sicher außer Frage gestellt, daß dem Richter die Prüfung der Zuständigkeit zukommt und obliegt; von ganz anderer Bedeutung sind aber die Ansichten, welche der Angeklagte über die Zuständigkeit der Behörde haben mag. Seine irrige Unterstellung, die Behörde habe unzuständig gehandelt, kann ihn höchstens dann schützen, wenn er nachweist, daß er Trotz angewendeter Sorgfalt ohne Verschulden in diesen Irrthum verfallen sei, und bei dieser Nachweisung mag ihm die irrige Annahme, daß die zu der Verfügung nothwendige höhere Ermächtigung nicht erfolgt sei, vielleicht zu Statten kommen; ein entschuldbares Versehen ist es aber nicht, wenn er einfach behauptet, er habe von der höheren Ermächtigung nichts gewußt, oder geglaubt, das Ministerium könne eine solche Ermächtigung nicht ertheilen.

Zu allem diesem kommt aber noch, daß nach den auch für den Kassationsrichter maaßgebenden Feststellungen der Strafkammer, der Angeklagte von der Entschließung des Ministeriums und der Empfehlung des Oberschulraths Kenntniß hatte und sich in dieser Beziehung in keinerlei Irrthum befand, er konnte sonach sich keinenfalls auf den Mangel einer öffentlichen Bekanntmachung berufen, und ebensowenig auf die Ausführungen des Ordinariats in der von ihm verlesenen Ansprache; denn dieser kann eine Bedeutung überhaupt nur zugesprochen werden, wenn man mit dem Ordinariat annehmen wollte, das Ministerium sei an die Zustimmung der Kirchenbehörde gebunden, und die dem Ortsschulrathe nur empfohlene Einführung des Buches müsse die Folge haben, daß auch der Ortsschulrath selbst auf eine Empfehlung desselben beschränkt sei. E.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von E. Schmelzer in Mannheim.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 16.

106.

Der überlebende Elterntheil darf die Auslagen für Ausbildung eines Sohnes zu einem Berufe aus dem angefallenen Vermögen des Sohnes bestreiten.

L.R. 457.

J. S.
des Bankhauses Marius Côte u. Comp. in Lyon, Kläger, Appellanten, Oberappellaten,
gegen
Karl Reiß Wittwe in Lahr, Beklagte, Appellatin, Oberappellantin,
Forderung betr.,

hielt das großh. Oberhofgericht die Einrede, daß die Beklagte das väterliche Vermögen ihrem Sohne Karl Reiß zum Zwecke seiner Ausbildung im kaufmännischen Fache ausgefolgt habe, für geeignet, den kläger'schen Anspruch zu zerstören, indem es hierüber in den Entscheidungsgründen zu seinem Urtheil vom 13. Juli 1868 sich dahin aussprach:

Selbstverständlich muß das klagende Handlungshaus, auf welches in Folge der stattgehabten Rechtsübertragung alle dem Karl Reiß bezüglich seines väterlichen Vermögens der Beklagten gegenüber zustehenden Rechte übergingen, auch die der Letztern zukommenden Einreden gegen sich gelten lassen. Das Rechtsverhältniß zwischen dem klagenden Handlungshaus und der Beklagten ist in Bezug auf die dermalen zu beurtheilenden Fragen durchaus kein anderes, als das zwischen Karl Reiß und der Beklagten. Karl Reiß würde aber nicht in der Lage sein, die Beklagte für die an ihn zu dem oben angegebenen Zwecke geschehene Ausfolgung seines väterlichen Vermögens in — der Weise verantwortlich zu machen, daß er nunmehr Behufs einer wiederholten Auszahlung des Betrages jenes Vermögens auf der Beklagten eigenes Vermögen greifen könnte. Der Letzteren stand nach dem bereits im Jahr 1858 erfolgten Ableben des Vaters des Karl Reiß die elterliche Gewalt über denselben zu. L.R.S.S. 371—373. Schon in Folge dieser Gewalt hatte sie, abgesehen von den Verpflichtungen, welche sie durch die ihr kraft L.R.S. 390 nach Auflösung ihrer Ehe zugefallene Vormundschaft über ihren Sohn überkam, das Recht und die Pflicht, diesen zu erziehen und demselben einen Lebensberuf zu bestimmen, VI. Const.Edict §. 28, Eheordnung §. 28 Buchstabe e., vergl. mit den L.R.S.S. 450. 450 a. Wenn sie nun hiezu den kaufmännischen Beruf wählte, wenn sie in der Folge zum Zweck weiterer Ausbildung in diesem Berufe ihren Sohn als Commis in Handlungshäuser zu Lyon eintreten ließ, woselbst neben dem Vortheile der Erlernung der französischen Sprache sicherlich mehr Gelegenheit, jene Ausbildung zu erlangen, geboten war, als in Lahr, so lag in allen diesen Schritten nichts Ungewöhnliches, nichts, was an und für sich die Beklagte mit Verantwortlichkeit belasten konnte. Der Umstand allein, daß die Vermögensverhältnisse des Karl Reiß und der Beklagten selbst nicht besonders günstig waren, erscheint nicht als geeignet, eine solche Verantwortlichkeit hervorzurufen, da es sicherlich nicht dem Vortheile des Minderjährigen und damit auch nicht dem wahren Willen des Gesetzes entsprechen würde, wenn in Rücksicht auf die verhältnißmäßige Geringfügigkeit der verwendbaren Vermögenserträgnisse jeder Versuch, dem Minderjährigen eine höhere Ausbildung zu verschaffen, von vornherein aufgegeben werden müßte. Die Erfahrung tritt insofern der Handlungsweise der Beklagten rechtfertigend zur Seite, als sie schon häufig gezeigt hat, daß der für die Ausbildung junger Leute, die sich dem Kaufmannsstande widmeten, gemachte Aufwand rasch sehr lohnende Früchte trug. Kann nun aus der bisher besprochenen Handlungsweise der Beklagten ein gegründeter Vorwurf gegen sie nicht entnommen werden, so kann man ihr auch mit Grund nicht zur Last legen, daß sie die von ihr behaupteten Zahlungen aus dem Vermögen ihres Sohnes an diesen machte. Augenscheinlich und erfahrungsgemäß konnte dieser mit dem Gehalte, den er als Commis im Betrage von 600 frcs. und erst gegen Ende der in Frage stehenden Zeit im Betrage von 1000 frcs. jährlich bezog, insofern er, wie es der Fall war, daraus Kost und Logis

zu bestreiten hatte, nicht ausreichen, und war demnach der Beklagten Veranlassung gegeben, die Summen, deren Auszahlung sie behauptet, ihrem Sohne zu verabfolgen. Waren diese Summen im Verhältnisse zum Vermögen des Letztern auch hoch, so waren sie doch im Verhältnisse zu dem muthmaaßlichen Bedürfnisse nicht gerade übermäßig.

Liegt es nun auch sicherlich im Sinne der Gesetzgebung, daß das Mündelvermögen thunlichst in seinem vollen Bestande erhalten werde, so besteht doch kein Gesetz, welches die Verwendung vom Grundstocksvermögen des Mündels zum Zwecke der Erziehung und Ausbildung desselben schlechthin verbietet.

Wie nun nicht mehr bestritten ist, wurde die Veräußerung mehrerer Grundstücke, die zum väterlichen, der Verwaltung der Beklagten untergebenen, Vermögen des Karl Reiß gehörten, obervormundschaftliche Genehmigung ertheilt, und es ist, wenn auch Acten, welche über die Art der Begründung dieser Genehmigung Auskunft geben, nicht beigebracht werden konnten, doch in Folge der für die Gesetzlichkeit amtlicher Acte sprechenden Vermuthung anzunehmen, daß die erwähnte Genehmigung nur unter Beobachtung der durch L.R.S. 457 und §. 19 des II. Einf.Edicts zum Landrechte vorgeschriebenen Formen und nur aus den durch gedachten L.R.S. festgestellten Gründen, nämlich wegen unvermeidlicher Nothwendigkeit oder augenscheinlichen Nutzens ertheilt wurde, da bei Lage der Verhältnisse nicht unterstellt werden kann, daß die Veräußerungen auf Erzielung von Gewinn aus den Gütern berechnet gewesen seien (der Erlös war in der That geringer, als der Anschlag); so muß wohl der, aus der Verwendung der Gütererlöse auf die Person des Mündels gehoffte, Nutzen die Veräußerungsgenehmigungen veranlaßt haben. Hiernach erscheint aber die Beklagte nicht nur wegen eben dieser Verwendung der Gütererlöse als durch die obervormundschaftliche Genehmigung gedeckt, sondern es gewinnt auch das von ihr hinsichtlich des übrigen Grundstocksvermögens eingehaltene Verfahren eine weitere Rechtfertigung, da sie sich, wenn die Obervormundschaft das durch die Sachlage hervorgerufene Bedürfniß baarer Mittel für so dringend ansah, um Güterveräußerungen zu gestatten, wohl für befugt erachten konnte, vorhandenes Kapitalvermögen im Falle eines erneuten Bedürfnisses in gleicher Weise, wie die erwähnten Gütererlöse zu verwenden. Dazu kommt noch, daß die fraglichen Verwendungen in einer Zeit geschehen sein sollen, in welcher Karl Reiß bereits vollmündig war, und ihm daher gemäß L.R.S. 1124 b eine berechtigte Mitwirkung in den Angelegenheiten, welche seinen Unterhalt und seinen Beruf betrafen, zustand.

Erwägt man in billiger Weise alle einschlägigen Verhältnisse, so kann, selbst abgesehen von den zuletzt besprochenen besonderen Rechtfertigungsgründen, nicht bestritten werden, daß die von der Beklagten behaupteten Ausgaben einen nützlichen Zweck im Sinne des L.R.S. 471 hatten, und muß daher die Beklagte dieser Gesetzesstelle nach, wenn auch allerdings der Erfolg, wofür sie nicht verantwortlich gemacht werden kann, dem in's Auge gefaßten Ziele nicht entsprach — den Nachweis der Ausgaben vorausgesetzt — für entlastet angesehen werden.

Aus L.R.S. 203, welcher bestimmt, daß den Eltern die Verbindlichkeit, ihre Kinder zu ernähren, zu pflegen und zu erziehen obliege, und aus L.R.S. 385 [2], welcher festsetzt, daß eine der mit der elterlichen Nutznießung verbundenen Lasten in der „Ernährung, Pflege und Erziehung der Kinder nach ihrem Vermögen" bestehe, kann unter den obwaltenden Verhältnissen eine Entscheidung gegen die Beklagte um deßwillen nicht abgeleitet werden, weil Letzterer bei dem nicht bedeutenden Betrage ihres eigenen Vermögens nicht zugemuthet werden konnte, die Rente daraus oder gar den Kapitalstock für den Sohn, der eigenes väterliches Vermögen hatte, zu verwenden und weil die der Beklagten kraft ihrer elterlichen Nutznießung zukommende Rente aus letzterem Vermögen nicht zureichte, um dem bei dem einmal gewählten Berufe des Sohnes bestehenden Bedürfnisse abzuhelfen.

Was den Beweis der beklagter Seits behaupteten Verausgabungen betrifft, so war mit Rücksicht auf den L.R.S. 471, welcher, wenn er von „hinlänglich erwiesenen Ausgaben" (der Urtext sagt „dépenses suffisamment justifiées") spricht, keine strenge Beweisführung verlangt, sondern das richterliche Ermessen walten lassen will, (Demolombe, cours t VIII. nro. 116) im Einklange mit dem Richter des ersten Rechtszuges anzunehmen, daß die Zahlungen ꝛc. genügend dargethan seien, und daß ein gleicher Nachweis hinsichtlich der weitern Zahlungen ꝛc. mittelst Leistung eines Erfüllungseides durch die Beklagte erbracht werden könne.

Der Acker von 1 Sester 6²/₃ Ruthen im Schutter-

gäßle, welcher allein von den dem Karl Reiß aus dem väterlichen Nachlasse anerfallenen Grundstücken noch nicht an Dritte veräußert ist, muß als dem Eigenthum nach auf den klagenden Theil übergegangen betrachtet werden, da Karl Reiß vermittelst der Rechtsübertragung vom 26. Oktober 1865 sein ganzes väterliches Vermögen und damit auch den damals darin noch vorhandenen fraglichen Acker an den klagenden Theil abtrat und da die Beklagte, wenn sie auch den Betrag des väterlichen Vermögens des Carl Reiß einschließlich des Werthes des Ackers übersteigende „Zahlungen gemacht hätte, durch diese Zahlungen keineswegs ohne Weiteres in das Eigenthum des Ackers eintrat *rc.*

Es ist nun aber im Hinblick auf die L.R.S. 1156. 1162 und da Verzichte nicht vermuthet werden, anzunehmen, daß bei Herausgabe des väterlichen Vermögens des Karl Reiß das Nutznießungsrecht der Beklagten, soweit thunlich, gewahrt werden wollte und es ergibt sich hieraus die Folgerung, daß dieses Recht als auf dem noch vorhandenen Vermögen *rc.* haftend, betrachtet werden muß. Hiernach unterliegt jedenfalls der bis zur Rechtsübertragung vom 26. Oktober 1865 im Eigenthum des Karl Reiß gestandene Acker im Schuttergäßle seinem ganzen Umfange nach der Nutznießung der Beklagten *rc.*

Daß dem kläger'schen Begehren gemäß über die Pflicht zur Verabfolgung derjenigen Vermögenstheile, welche, weil sie mit der Nutznießung der Beklagten bestrikt sind, erst nach Beendigung dieser Nutznießung an den klagenden Theil wirklich auszuliefern sind, dermalen schon erkannt werde, unterliegt nach P.O. §. 256 keinem Anstande *rc.* Red.

107.

Auslegung eines Ehevertrags. Ob Geding der Ausschließung der Gütergemeinschaft, ob bewidmete Ehe? Rechte des Ehemannes beim Bestehen ersteren Gedinges.

L.R.S.S. 1392. 1530 — 1535 b. 1540 — 1581, vrgl. mit den L.R.S.S. 818. 1239. 1395. 1428 a. 1443. 1595. 1937.

J. S.

des Isaak Ettlinger in Carlsruhe, Klägers, Appellaten, Oberappellaten,

gegen

Kaufmann Seeligmann daselbst, Beklagten, und die Ehefrau des Klägers, Fanny geb. Seeligmann daselbst, Nebenintervenientin, Appellanten, Oberappellanten,

Herausgabe von Werthpapieren betr.,

wurde der Beklagte in den drei Rechtszügen nach dem Klagbegehren verurtheilt.

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe, welche das Thatsächliche des Falles, soweit nöthig, enthalten, lauten, wie folgt:

Kläger begehrt vom Beklagten die Herausgabe von Werthpapieren im Betrage von 11,562 fl. 15 kr., welche bei der Erbtheilung auf Ableben des Lyon Seeligmann, Vaters der klägerischen Ehefrau, in das Loos der Letztern gefallen, bei Auslieferung der Erbloose aber dem Beklagten unter dem Bemerken zur Aufbewahrung übergeben worden waren, sie „auf Verlangen der Frau Fanny Ettlinger" (Ehefrau Klägers) „und ihres Ehemanns jederzeit auszufolgen."

Beklagter verweigert die Herausgabe der Papiere unter Bezug darauf, daß er dazu, der bei der Hinterlegung getroffenen, oben erwähnten Bestimmung zufolge, nur dann als berechtigt und verpflichtet erscheine, wenn Kläger und dessen Ehefrau die Ausfolgung verlangten, was nicht der Fall sei, indem die Ehefrau, weit entfernt davon, sich dem klagend verfolgten Begehren ihres Ehemanns anzuschließen, das Fortbestehen der Hinterlegung wünsche. In der That trat auch die Ehefrau des Klägers in dem vorliegenden Rechtsstreite als Nebenintervenientin auf die Seite des Beklagten.

Das Begehren des Klägers stellt sich indessen unerachtet der dagegen erhobenen Einwendungen als begründet dar.

Der zwischen dem Kläger und seiner Ehefrau am 13. Aug. 1839 abgeschlossene Ehevertrag kann nur so ausgelegt werden, daß er das Geding der Ausschließung der Gütergemeinschaft im Sinne der L.R.S.S. 1529. 1530—1535 b festsetze. Derselbe stellt in §. 1 den Satz an die Spitze: „Den Vermögensverhältnissen der Brautleute wird die Nichtgemeinschaft zu Grunde gelegt." Nun bezeichnet aber das Gesetz selbst im L.R.S. 1535 a das Geding des Ausschlusses der Gütergemeinschaft als „Nichtgemeinschaft." Daraus, daß im §. 2 gesagt ist, der Vater der Braut verspreche dieser „als Ehesteuer" die Summe von 7000 fl., zahlbar am Hochzeitstage, kann keineswegs auf das Dasein einer bewidmeten Ehe im Sinne der L.R.S.S. 1540 —

1581 geschlossen werden, da anerkanntermaaßen das Wort „Ehesteuer" (Brautschatz, Heirathsgut, dos, la dot) in dem ganz allgemeinen Sinne von Gut, welches die Frau dem Manne zur Bestreitung der Ehelasten zubringt, gebraucht, somit nicht allein bei bewidmeten Ehen (Cap. III. des B. III. Tit. 5 des L.R.), sondern auch bei Gemeinschaftsehen (Cap. II. ebendſ.) in Anwendung gebracht wird, wie sich, abgesehen von andern Gesetzesstellen, ganz klar aus L.R.S. 2135 und, mit besonderer Beziehung auf das vom Gesetze unter dem Capitel „von der ehelichen Gütergemeinschaft" (dem angef. Cap. II.) behandelte Geding der Ausschließung der Gütergemeinschaft (Nichtgemeinschaft), aus L.R.S. 1525a ergibt.

Der L.R.S. 1392 sagt überdies: „Das blose Geding, daß die Frau einige Güter als von ihr oder Andern ausgesetztes Heirathsgut (im Urtext „en dot") einbringt, ist nicht hinreichend, um Bewidmungsrecht darauf zu behaupten, wenn sonst in dem Ehevertrag nicht ausdrücklich dieses festgesetzt ist."

Der Wille, eine bewidmete Ehe einzugehen, muß hiernach aus dem abgeschlossenen Ehevertrag ganz klar hervorgehen, mag man auch etwa bei solcher Sachlage den Gebrauch der Gesetzesworte („bewidmete Ehe") nicht für unbedingt nothwendig erachten.*) Dafür, daß sich jener Wille aus dem Gebrauche des Wortes „Ehesteuer" allein nicht ergebe, bedarf es nur der Hinweisung auf das oben über die Bedeutung dieses Wortes Gesagte. Die zum Nachweise des Daseins einer bewidmeten Ehe geltend gemachten §§. 4 und 5 des Ehevertrags sprechen nicht für, sondern gegen eine solche, da sie das Zurückfallen des der Frau während der Ehe anfallenden Vermögens festsetzen, von einem solchen Zurückfallen aber gerade bei einer bewidmeten Ehe nicht die Rede sein könnte, was sich daraus ergibt, daß das gedachte Vermögen nirgends zur Ehesteuer ausgesetzt ist (L.R.S.S. 1540. 1541), also „zugebrachtes Gut" bilden würde (L.R.S. 1574), somit während der Ehe in allen Beziehungen der Ehefrau verbliebe (L.R.S. 1576), welcher Umstand die Möglichkeit des Zurückfallens an die Ehefrau oder ihre Erben ausschlösse. Aus der im §. 4 des Ehevertrags enthaltenen Zusage einer „Vermehrung" von 3500 Gulden kann bei Sachlage das Dasein einer bewidmeten Ehe nicht abgeleitet werden. Diese Vermehrung stellt sich lediglich als ein der Ehefrau gewährter mit dem Geding der Ausschließung der Gütergemeinschaft recht wohl zu vereinigender Vermögensvortheil dar.

*) Siehe Zachariä fr. Civilrecht 5. Aufl. III. §. 504. S. 173. D. G.

Liegt nun aber, wie feststeht, ein Geding der letztern Art vor; so steht dem Kläger gemäß L.R.S 1531, welcher für Fälle dieses Gedinges bestimmt: „Der Mann behält die Verwaltung der beweglichen und unbeweglichen Güter der Frau und folglich das Recht, die ganze vor oder während der Ehe beibringende Fahrniß verzeichnet in Empfang zu nehmen," unzweifelhaft das ausschließliche Recht auf den Besitz der den Gegenstand des Streites bildenden Werthpapiere zu.*)

Diesem Recht tritt die Bestimmung des L.R.S. 818, „Außer dem Fall der Gemeinschaft kann der Mann ohne Beistimmung seiner Ehefrau keine Endtheilung fordern," offenbar nicht entgegen, indem es sich im gegenwärtigen Fall nicht mehr um Vornahme der Erbtheilung, sondern um die ehemännlichen Rechte an einem Theile Desjenigen handelt, was aus der beendigten Erbtheilung auf die kläger'sche Ehefrau kam.

Aus L.R.S. 1428a kann um deßwillen nichts zu Gunsten des beklagten Theiles abgeleitet werden, weil diesem Satze keineswegs die Bedeutung einer allgemeinhin die ehemännlichen Rechte beschränkenden Bestimmung beigelegt werden darf, derselbe vielmehr auf den in ihm vorgesehenen Fall von Rechtsstreitigkeiten des Ehemanns mit Dritten über eheweibliche Vermögensstücke beschränkt bleiben muß, weil es sich aber im vorliegenden Falle, mag auch der Beklagte ein Dritter sein, in der That nur um den Umfang der ehemännlichen Rechte auf das Vermögen der Ehefrau, mithin nur um das güterrechtliche Verhältniß zwischen Ehemann und Ehefrau handelt.

Durch die, wie zu Eingang erwähnt, bei der Hinterlegung der Werthpapiere getroffene Bestimmung, daß

*) Ueber die Rechte des Ehemanns bei dem Gedinge der Ausschließung der G.G. sagen Dalloz, Rep. de legislation t. XIII. s. v. contrat de mariage nro 3090: „sous ce regime, tous les biens de la femme sont dotaux et partant soumis à l'administration du mari."

Aubry et Rau, cours de dr. fr. III. §. 531: „Le mari a l'administration de tous les biens de la femme."

Marcadé Expl. du C. Nap.: „Le mari, d'après 1530, est seul maitre des fruits et revenus de tous les biens de la femme." D. G.

diese „auf Verlangen der Frau Fanny Ettlinger und ihres Ehemanns" auszufolgen seien, erscheint der klagend geltend gemachte Anspruch, nicht als beseitigt, da vermittelst jener Bestimmung das aus dem durch Ehevertrag festgestellten Güterverhältnisse (Ausschließung der Gemeinschaft) gemäß L.R.S. 1531 abzuleitende ausschließliche Recht des Ehemanns, die streitigen Werthpapiere „in Empfang zu nehmen," beeinträchtigt, somit der Ehevertrag selbst während der Ehe einer Abänderung unterworfen würde, eine solche Abänderung aber nach L.R.S. 1395, vrgl. mit L.R.S. 1443, unzulässig ist.

Gegen die so eben aus den angeführten Gesetzesstellen abgeleitete Folgerung kann man beklagter Seits mit Erfolg auch nicht geltend machen, daß alle bei der Erbtheilung auf Ableben des Lyon Seeligmann betheiligten Personen zu der fraglichen Hinterlegung mitgewirkt, dieselben somit sämmtlich Rechte daraus erworben hätten, und daß Kläger diese Rechte Dritter durch Berufung auf seine ehemännlichen Befugnisse nicht zu beseitigen vermöge; denn einerseits ist die über die Hinterlegung aufgenommene Beurkundung nicht so gefaßt, daß daraus auf die Mitbetheiligung aller Erbinteressenten geschlossen werden könnte, und andrerseits lassen die angeführten L.R.S.S. 1395. 1443 ihrem Grunde nach offenbar auch Verbindlichkeiten, welche Dritten gegenüber übernommen wurden, als unwirksam erscheinen, wenn die Verbindlichkeitsübernahme ein vertragsmäßig festgestelltes eheliches Güterverhältniß in irgend einer Weise abzuändern bezweckt.

Auch auf den L.R.S. 1595 Abs. 2 kann man sich für die Aufrechthaltung der zu Gunsten der Ehefrau getroffenen Bestimmung mit Grund nicht beziehen, da diese Gesetzesstelle, wie schon aus der Art der von ihr gewählten Beispiele zu schließen ist, eine „rechtmäßige Ursache" eines Kaufs zwischen Eheleuten nur in einer bereits bestehenden Schuld des Ehemanns an seine Ehefrau und in der rechtlichen Nothwendigkeit, sie abzutragen, gefunden wissen will,

Troplong, de la vente nro. 180.

Marcadé, Explication du C. N. t. VI. zu Art. 1595.

Aubry et Rau, Cours III. §. 351,

während hier nach Lage der Behauptungen des beklagten Theils Maaßregeln zur Sicherung des eheweiblichen Vermögens bezweckt wurden, für deren Erlangung das Gesetz den Weg der gerichtlichen Gütersonderung vorgeschrieben hat (L.R.S. 1443 u. ff. 1531).

Bei Sachlage muß der Kläger als die zur Empfangnahme der fraglichen Werthpapiere durch das Gesetz ermächtigte Person (vergl. L.R.S. 1239. 1937) betrachtet werden.

Aus diesen Gründen, sowie nach Pr.O. §. 170 wegen der Kosten wurde, wie geschehen, erkannt.

Roßhirt.

108.

Der Privatankläger darf auch dann nicht als Zeuge vernommen werden, wenn der Staatsanwalt gemäß §. 317 des Str.G.B. im öffentlichen Interesse die Anklage an seiner Stelle erhoben hat. §. 331 Abs. 1 der Str.P.O.

J. A.S.

gegen

Heinrich Rauch von Altwiesloch,

wegen Ehrenkränkung,

hatte der Staatsanwalt die Anklage erhoben und das großh. Kreisgericht Heidelberg, Strafkammer, troz der Einsprache des Vertheidigers auch den Beleidigten, Bürgermeister Greulich, als Zeugen eidlich vernommen, worauf Heinrich Rauch von Altwiesloch auf Grund der erhobenen Zeugenaussagen der Ehrenkränkung des Bürgermeisters Greulich von da im Dienst und in Beziehung auf seinen Dienst für schuldig erkannt, und deßhalb in eine Amtsgefängnißstrafe von 4 Wochen und in die Kosten des Strafverfahrens und der Urtheilsvollstreckung verurtheilt wurde.

In den Entscheidungsgründen der Strafkammer war bemerkt:

„Die Zulässigkeit des Bürgermeisters Greulich als Zeuge ist von Seiten der Vertheidigung mit Unrecht bestritten worden.

Im Strafverfahren ist der Beschädigte in der Regel ein zulässiger Zeuge (Str.P.O. §. 33, vergl. mit §. 104. 105); der im Gesetz vorgesehene Ausnahmsfall, wo er als Privatkläger aufgetreten ist, hat darin seinen Grund, daß er als Solcher die Gefahr der erhobenen Privatanklage trägt. Da dieser Grund nicht eintritt, wenn der Staatsanwalt für den Beleidigten die Anklage erhoben hat, und der Letztere nicht

selbst als Privatankläger aufgetreten ist, so kann jene Ausnahmebestimmung nicht auf Fälle der eben bezeichneten Art analoge Anwendung finden."

Gegen dieses Urtheil ergriff H. Rauch die Nichtigkeitsbeschwerde und das großh. Oberhofg. erkannte am 11. Juli 1868: das gedachte Urtheil sei aufzuheben und die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an die Strafkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim zu verweisen.

Entscheidungsgründe.

Der Angeklagte hat auf Grund der Ziff. 3 des §. 373 der Str.P.O. gegen das Urtheil der Strafkammer deßhalb die Nichtigkeitsbeschwerde ausgeführt, weil Bürgermeister Greulich, obwohl Ankläger, doch als Zeuge eidlich vernommen worden ist.

Diese seine Beschwerde erscheint als begründet:

in Erwägung, daß Bürgermeister Greulich, obschon er als Privatankläger nicht aufgetreten, dennoch dieser Eigenschaft dadurch nicht entkleidet ist, daß der Staatsanwalt nach §. 317 des Str.G.B. die dem Beleidigten zustehende Privatanklage im öffentlichen Interesse an seiner Stelle erhoben hat, §. 324 Abs. 4, §. 328 Abs. 2 der Str.P.O., indem die dadurch herbeigeführte Entscheidung sowohl für, als auch gegen den Letzteren maaßgebend ist;

nach Ansicht des §. 331 Abs. 1 der Str.P.O., wornach die Beeidigung des Privatanklägers als Zeuge nicht zulässig ist; vergl. Amann Note 4 zu §. 318 der Str.P.O. und in Erwägung, daß dieses Verbot nach dem Obigen auch von der durch den Staatsanwalt vertretenen Partei gilt, vergl. Amann Note 3 zu §. 317 der Str.P.O.;

in Erwägung, daß die durch die eidliche Einvernahme des Bürgermeisters Greulich verletzte Vorschrift des Verfahrens schon ihrem allgemeinen Grunde nach, daß nämlich keine Partei in ihrer eigenen Sache Zeuge sein könne, hier aber noch insbesondere deßhalb als wesentliche erscheint, weil die Strafkammer nach ihren Entscheidungsgründen gerade auch durch dieses unzulässige Zeugniß sich zur Ueberzeugung von der Schuld des Angeklagten hat bestimmen lassen;

nach Ansicht des §. 385 der Str.P.O. Red.

109.

1) Was ist zu verfügen, wenn bei Verbrechen, welche nur auf Anzeige des Beschädigten untersucht und bestraft werden, diese Anzeige nach Eröffnung des Verweisungsbeschlusses zurückgenommen wird §. 576. 577 der Str.P.O.?

2) Wer hat in solchen Fällen die Kosten des Strafverfahrens zu tragen?

Auf Anzeige des Bierbrauers Mondon von Carlsruhe wurde am 24. März d. J. gegen den Bierbrauergesellen Johann Adam Kistel von Worms wegen rachsüchtiger Beschädigung im Betrage von circa 31 fl. Untersuchung eingeleitet, und die Sache durch Beschluß großh. Raths- und Anklagekammer vom 2. April vor die Strafkammer verwiesen.

Am 15. April nahm Mondon, da ihm Kistel den Schaden ersetzt hatte, die Anzeige bei großh. Staatsanwaltschaft zurück, und am selben Tage erklärte der verhaftete Angeklagte großh. Strafkammer schriftlich, daß er mit Einstellung des Verfahrens einverstanden sei, und die Kosten tragen wolle.

Bei der am 17. April abgehaltenen Hauptverhandlung wurden diese Erklärungen wiederholt, der großh. Staatsanwalt stellte den Antrag nach §. 251 der Str.P.O., worauf der Gerichtshof ohne die Beweise zu erheben folgendes Urtheil erließ:

In Erwägung, daß in heutiger Verhandlung Heinrich Mondon von hier erklärte, daß er bezüglich des ihm zugefügten Schadens zufrieden gestellt worden sei, und deßhalb auf Anstehen des Angeklagten die von ihm unterm 24. März d. J. gemachte Anzeige zurücknehme;

in Erwägung, daß der Angeklagte sich mit dieser Zurücknahme einverstanden, und dabei weiter erklärte, daß er, obgleich er die ihm zur Last gelegte That nicht verübt habe, dennoch die Fortsetzung der Verhandlung nicht verlange, vielmehr bezüglich der Kosten des bisherigen Verfahrens sich zu deren Uebernahme verpflichte;

aus diesen Gründen, sodann nach Ansicht des §. 576 des Str.G.B. wird erkannt:

Der Angeklagte sei von der Anklage wegen Sachbeschädigung freizusprechen, habe übrigens die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Diese Entscheidung scheint mir zu mehrfachen Erörterungen Anlaß zu geben.

Es fragt sich nämlich, ob, ungeachtet die Anzeige schon am 15. April zurückgenommen war, die Strafkammer nur durch eine Hauptverhandlung die Sache erledigen konnte?

Die Vertheidiger der bejahenden Ansicht können sich darauf berufen, daß der Verweisungsbeschluß die Frage, ob die Sache von der Strafkammer zu erledigen ist, endgiltig entschieden hat;

vergleiche Plank Strafverfahren §. 107,

und daß der Verweisungsbeschluß insofern bindend für das erkennende Gericht ist, als dieses ohne weitere Vorprüfung die mündliche Hauptverhandlung anordnen und vornehmen, und, abgesehen von dem Falle der Unzuständigkeit (§§. 247. 248 Abs. 4 der Str.P.O.) durch förmliches Endurtheil erledigen muß (§. 247 der Str.P.O.), also nicht etwa die Einstellung des Verfahrens beschließen darf.

Vergleiche Amann, Str.P.O. Anmerkung 4 zu §. 247.

Es müßte also in allen Fällen, wo der Beschädigte die Anzeige erst nach der Eröffnung des Verweisungsbeschlusses zurücknimmt, ungeachtet es an der wesentlichsten Bedingung der Zuläßigkeit des Strafverfahrens, nämlich an einer giltigen Anklage,

vergleiche §. 2 der Str.P.O., und Amanns Anmerkung 7, sowie Anmerkung 1 zu §. 206

fehlt, aus formellen Gründen, eine vergebliche Verhandlung und dadurch unnütze Kosten und Mühe veranlaßt, und möglicher Weise durch Fortdauer des Verhafts die persönliche Freiheit beeinträchtigt werden!

Ein solches Verfahren kann nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegen, es scheint mir auch nicht aus dem Wortlaut unserer Strafprozeßordnung zu folgern.

Der §. 247 der Str.P.O. findet bezüglich der Freisprechung seine Erläuterung in §. 251, wornach keine Strafe erkannt wird, wenn der Thatbestand nicht hergestellt oder die That nicht mit Strafe bedroht, oder der Angeklagte nicht überwiesen, oder wegen mangelnder Zurechnung oder gesetzlicher Entschuldigung straflos befunden ist.

Das Gesetz hat also nur materielle Gründe der Straflosigkeit, nicht aber die formellen Mängel der Anklage im Auge; zu diesen letztern gehört aber — abgesehen von der Frage der Zuständigkeit — der Mangel der Befugniß des aufgetretenen Anklägers zur Verfolgung der Anklage, sei es

vergleiche Plank §. 152,

weil es an dem gesetzlich erforderlichen Antrag des zunächst Betheiligten, oder an der Genehmigung anderer Staatsbehörden fehlt.

Eine Prüfung dieser formellen Mängel muß sowohl auf Antrag des Angeklagten als auch von Amtswegen durch das urtheilende Gericht vor der Hauptverhandlung erfolgen, und konnte deßhalb, nach meiner Ansicht, die großh. Strafkammer Carlsruhe das Verfahren gegen J. A. Kistel wegen Zurücknahme der Anzeige schon am 15. April einstellen.

Eine Zurückweisung der Sache an die großh. Raths- und Anklagekammer, um nach §. 206 Ziff. 4 der Str.P.O. zu erkennen, halte ich nicht für stattbaft; denn nach unserer Gesetzgebung hat der Verweisungsbeschluß die rechtliche Natur eines Urtheils,

vergleiche §. 207. 212 der Str.P.O. Anmerkung 1 von Amann,

welches nicht zurückgenommen werden kann; vielmehr bleibt die Berücksichtigung neu hinzugetretener Umstände, welche die Zurückweisung der Anklage zur Folge haben müssen, der Prüfung des urtheilenden Gerichts überlassen.

Man vergleiche über diese Controverse Plank §. 107 und 108.

Auch nach der hannoveranischen Strafprozeßordnung vom 5. April 1859 kann die Strafkammer in einem solchen Falle das Verfahren ohne Hauptverhandlung durch prozeßleitende Verfügung einstellen. §. 40 bestimmt nämlich wörtlich:

Der Betheiligte kann seinen Antrag bis zum Beginn der öffentlichen Verhandlung zurücknehmen. Diese Zurücknahme bewirkt, daß durch Beschluß des Gerichts: der Rathskammer, Strafkammer oder des Schwurgerichtshofes, bei polizeilichen Uebertretungen durch Beschluß des Amtsrichters das Verfahren eingestellt, und der Betheiligte zur Erstattung aller durch das bisherige Verfahren entstandenen Kosten verurtheilt wird.

Die gleiche Bestimmung findet sich in §. 258 der Str.P.O. für Sachsen-Altenburg vom 27. Februar 1854.

Man vergleiche ferner, Zachariä Handbuch des deutschen Strafprozesses II. Band §. 70.

Endlich scheint mir die Verurtheilung des J. A. Kistel in die Kosten, auf Grund seiner freiwilligen Uebernahme,

bedenklich. Nach §. 426 der Str.P.O. hat die Verurtheilung in der Hauptsache auch die Verfällung in die Kosten zur Folge, es muß also ein Straferkenntniß vorliegen.

Eine Kostenverfällung auf Grund des §. 430 kann nur auf gepflogene Beweiserhebung stattfinden, es erübrigt daher nur die Entbindung des Angeklagten von den Kosten.

Ein derartiges Verfahren auf Staatskosten kann sehr leicht zu Privatinteressen gebraucht werden, und deßhalb scheint mir die bereits erwähnte Bestimmung des hannoveranischen Gesetzes (§. 40), daß im Falle der Zurücknahme der Anzeiger die Kosten zu tragen hat, nicht unzweckmäßig; sie findet sich auch in der Strafprozeßordnung für Oestreich vom 17. Januar 1850, wo §. 460 besagt:

> Hat bei Verbrechen, welche nur auf Verlangen eines Betheiligten untersucht oder bestraft werden, dieser die Einstellung des Verfahrens durch Zurücknahme seines Begehrens veranlaßt, so hat dieser die Kosten zu tragen.

Wenn übrigens, wie geschehen, J. A. Kistel die Kosten freiwillig übernahm, so konnte diese Erklärung zu Protokoll genommen und der Staatskasse überlassen werden, ihre Ersatzansprüche in besonderem Verfahren geltend zu machen. v. Blittersdorff.

110.

Von einem Kaufe, bei welchem der Verkäufer durch einen Dritten ohne Auftrag vertreten wird, kann der Käufer so lange zurückgehen, bis die Genehmigung des Vertrags durch den Verkäufer ihm eröffnet wird.

Eine solche Genehmigung liegt auch in der Erhebung der Klage auf Vertragsvollzug.

Siehe Zachariä §. 415 Note 2 Bd. 2 S. 522. v. Holzschuher §. 36 zu 4. Band I. S. 350.

In Sachen
des Samuel Adler in Allersheim, Klägers, Appellaten, Oberappellanten
gegen
Andreas Friedrich in Gerchsheim, nun mehr dessen Wittwe, Anna Maria Friedrich, Beklagte, Appellantin, Oberappellatin,
Vertragserfüllung betr.,

besagen die

Entscheidungsgründe
zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 2. Juli 1868:

rc. Es ist rechtskräftig festgestellte Thatsache, daß zum Abschluß des zwischen dem Sohne des Klägers — Salomon Adler — und dem Beklagten unterm 30. Januar 1866 besprochenen Kaufs von, dem Kläger gehörenden, Grundstücken Salomon Adler weder besonders ermächtigt war, noch eine auch auf diesen Vertrag bezügliche allgemeine Vollmacht seines Vaters besaß, sowie daß es dem Kläger nicht gelungen ist, eine von ihm vor Erhebung der Klage ertheilte ausdrückliche Genehmigung des von seinem Sohn bewirkten Kaufabschlusses darzuthun; es unterliegt hiernach keinem Zweifel, daß, wie einerseits für den Kläger der Vertrag nur durch seine Genehmigung zu einem ihn rechtlich bindenden Vertrage werden konnte, andererseits auch der Beklagte durch den — Mangels jener Genehmigung noch nicht perfect gewordenen — Vertrag nicht gebunden war, und es ihm unbenommen sein mußte, durch Zurücknahme seiner Zusage vor etwaiger Genehmigung des Klägers das rechtsgültige Zustandekommen des Vertrags zu beseitigen.

Der Beklagte hat nun nicht nur die — der schon in I. Instanz erfolgten Eidesauflage zu Grunde gelegte — Behauptung aufgestellt, der „Kläger habe den Vertragsabschluß nicht nur nicht genehmigt, sondern vielmehr dem Beklagten ausdrücklich erklärt, daß er den Kauf nicht genehmige," — sondern der Beklagte hat auch weiter geltend gemacht, daß gerade weil die Genehmigung des Vertrags durch den Kläger nicht beigebracht worden sei, „er selbst, Beklagter," etwa 8 Tage nach der Kaufsberedung dem Kläger habe erklären lassen: „er (Beklagter) behalte die Aecker nicht mehr, der Kauf sei nichts." —

Es ist dies — zumal bei des Oberappellanten eigener Erklärung, daß die ganze Verhandlung nicht persönlich zwischen ihm und dem Beklagten, sondern durch Vermittlung einer dritten Person stattgefunden habe, eine ebenso genügend thatsächlich begründete, als erhebliche Einrede, da für den Fall, daß der Kläger den ihm schon in erster Instanz auferlegten Eid leisten und dadurch festgestellt werden sollte, daß Kläger die Geneh-

migung des Vertrags **nicht verweigert**, dieselbe vielmehr durch Erhebung der Klage ertheilt habe, es für den Beklagten von höchster Wichtigkeit ist, durch die etwaige Eidesweigerung des Klägers bezüglich der zweiten Einrede weiter festzustellen, daß er selbst vor der Klagerhebung seine Kaufzusage zurückgenommen und damit die erst später vom Kläger ertheilte Genehmigung wirkungslos gemacht habe.

Da die Entgegennahme der Erklärung des Beklagten durch einen Dritten zudem eine eigene Thätigkeit des Klägers voraussetzen würde, so ist auch nicht zu bezweifeln, daß die Eidesauflage nach Ansicht des §. 530 der Pr.O. als statthaft erscheint. Red.

111.

1) Pacht- oder Kaufvertrag?
2) Umfang der Entschädigung im Falle der Entwährung.

Obige Rechtsfragen kamen in Sachen **Ackenheil** gegen **Schück**, Entschädigung betreffend, bei großh. Kreisgerichte Baden zur Verhandlung.

Unbestrittener Maaßen hatte am 14. November 1864 **Paul Schück** von Oos mit **Franz Ackenheil** von da einen Vertrag des Inhalts abgeschlossen, daß Ersterer dem Letzteren zwei, seinen beiden minderjährigen Kindern gehörige, sog. Rebplätze auf die Dauer der Minderjährigkeit dieser Kinder gegen einen jährlichen Pachtzins von 12 fl. in der Weise zur Benützung überließ, daß Pächter das Hügelland abtragen und sämmtliches Material an Lehm, Sand und Kies sich zueignen, sowie die Ziegelei daselbst betreiben dürfe. Ackenheil hatte die fraglichen Grundstücke schon zufolge eines mit der früheren Eigenthümerin — der Mutter der minderjährigen Kinder des Beklagten bestandenen Pachtvertrags im Besitze, so daß der Vertrag vom 14. November 1864 sich nur als eine Verlängerung dieses Pachtverhältnisses darstellte Trotz dieses Vertrags übertrug aber Beklagter diese verpachteten Grundstücke am 29. März v. J. an **Johann Keilhauer** von Oos zu Eigenthum. Demzufolge erhob der neue Erwerber Keilhauer am 5. Mai 1866 Klage gegen den Pächter Ackenheil auf Räumung der Pachtobjecte, welchem Begehren durch Urtheil vom 16. Januar 1867 entsprochen wurde.

Mit Klage vom 22. Mai 1867 verlangte nun der Kläger auf Grund der Entwährung der Pachtobjecte Entschädigung von dem Beklagten Schück, bestehend in dem entgangenen, zu 3000 fl. berechneten, Gewinn, welchen Kläger durch Ausbeutung der Pachtobjecte während der noch übrigen Pachtzeit hätte erzielen können, ferner in den durch den Entwährungsprozeß dem Kläger erwachsenen und noch zu liquidirenden Kosten.

Das großh. Kreisgericht Baden erließ unterm 17. September 1867 ein die Klage abweisendes Urtheil, dessen Gründe im Wesentlichen auf Folgendem beruhen:

Der der Klage zu Grunde liegende Vertrag sei kein eigentlicher Pachtvertrag. Es folge aus der Natur dieses Vertrags, daß der Pächter wohl das Recht habe, die Bestandsache ihrer Bestimmung gemäß zu benützen, allein ihm stehe keinenfalls die Befugniß zu, über die ganze Substanz der Bestandsache zu verfügen und dadurch z. B. ein Grundstück seinem ganzen Wesen nach zu verändern. Da der fragliche Vertrag aber dem Kläger ein solches Recht einräume, so müsse darin die vollständige Veräußerung wenigstens eines Theiles der fraglichen Grundstücke gefunden werden.

Eine solche Veräußerung aber sei, da die fraglichen Grundstücke nicht dem Beklagten, sondern seinen minderjährigen Kindern gehören, nach L.R.S. 1599 ungültig, und dem Kläger, welcher um dieses Verhältniß gewußt, stehe daher auch kein Entschädigungsanspruch wegen der später eingetretenen Entwährung zu. Der beanspruchte Prozeßkostenersatz sei deßhalb hinfällig, weil der Beklagte dem Kläger überhaupt nicht für die Entziehung der beiden Rebstücke schadensersatzpflichtig sei.

Meiner Meinung nach lag hier nicht ein Kauf vor, wie der Gerichtshof annahm, sondern ein wirklicher Pacht.*)

Während nämlich durch den Pachtvertrag nur der **Gebrauch** einer Sache gegen einen bestimmten Preis (Pacht- oder Miethzins) einem Anderen überlassen wird, bezweckt der Kauf die Uebertragung des vollen **Eigenthums** gegen einen bestimmten Kaufpreis; und während der Pachtvertrag nur **gewisse** Rechte an der Sache einem Anderen überträgt, wird durch den Kauf eine **jede Herrschaft**, Macht und Gewalt, welche über die Sache überhaupt nach Naturgesetzen geübt werden kann, an den Anderen übertragen. Ob im einzelnen Falle nun ein Kauf oder Pacht vorliegt, darüber muß einerseits und hauptsächlich die **Absicht** der Vertragspersonen und anderseits das **Maaß** und **die Art**

*) Diese Sache ist in III. Instanz anhängig!

der übertragenen Rechte entscheiden. Alienatio non praesumitur.

Zachariä Bd. I. §. 198 S. 493.
L.R.S. 1156.

Der Vertrag vom 14. November 1864 wird schon bei dessen Abschluß von den Vertragspersonen selbst ein Pachtvertrag genannt und enthält auch alle bestimmenden Erfordernisse eines solchen, wie sie in L.R.S. 1709 aufgezählt sind. Das durch diesen Vertrag dem Pächter eingeräumte Recht, während der Dauer des Pachtverhältnisses die beiden Grundstücke in der Weise zu benützen, daß Pächter das Hügelland abtragen und sämmtliches Material an Lehm, Sand und Kies sich zueignen dürfe, kann aber nicht so angesehen werden, als sei dem Pächter dadurch irgend ein Eigenthumsrecht, sei es auch nur ein theilweises, übertragen worden. Dieses Recht stellt sich eigentlich als etwas Selbstverständliches dar, welches gar nicht erst durch eine besondere Vertragsbestimmung dem Pächter eingeräumt zu werden brauchte. Denn es ist unter den Parteien unbestritten, daß die beiden fraglichen Grundstücke, welche allerdings ursprünglich Rebland waren, schon vor Abschluß des Vertrages vom 14. November 1864 eine andere Gestalt und Bestimmung erhalten hatten, indem sie schon vorher zu einer Sand- und Lehmgrube angelegt waren und zur Ausgrabung von Sand und Kies benützt wurden. Indem nun die fraglichen Grundstücke in dieser Gestalt am 14. November Namens der neuen Eigenthümer weiter verpachtet wurden, wobei dem Pächter nur noch das Recht des Ziegeleibetriebs auf diesen Grundstücken eingeräumt worden war, so stellt sich die Ausbeutung derselben durch Gewinnung von Sand, Lehm und Kies nicht als eine Verfügung über die Substanz der Bestandsache, sondern lediglich als ein Früchtebezug dar, und von einem theilweisen Verkauf dieser Grundstücke kann keine Rede sein.

cf. Troplong, du louage ad art. 1709 not. 18:

„Le bail, quoique accordant au fermier un droit dans la chose, n'est cependant pas un vrai démembrement de la propriété, puisqu'il est destiné a en retirer le produit net. On n'aliène pas en passant bail de ses héritages; on administre en bon père de famille. Il suit de là que le tuteur et le mari peuvent en principe donner à bail les immeubles du pupille et de la femme, sans avoir besoin des autorisations nécessaires pour aliéner."

Wenn es auch richtig ist, daß der Beklagte zu einem Verkauf der fraglichen, seinen minderjährigen Kindern gehörigen, Grundstücke nicht berechtigt war, so war er doch befugt, dieselben zu verpachten, was lediglich als eine Verwaltungshandlung erscheint.

Zachariä Bd. II. §. 364.

Während nun bei Abschluß eines Pachtvertrags die Parteien im Allgemeinen berechtigt sind, den Vertrag von Bedingungen abhängig zu machen, die aus dem Vertrage entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten näher zu bestimmen oder abzuändern, zu vermehren oder zu vermindern, so leidet dieser Satz nur bezüglich der Zeitdauer des Vertrags die Ausnahme, daß Vormünder die Liegenschaften der Mündel nur höchstens auf neun Jahre vermiethen oder verpachten können.

Zachariä II. §. 365.

In einem in Annalen XX. S. 329 mitgetheilten Falle hat sich auch der Cassationshof dahin ausgesprochen, daß, wenn auch der Miethvertrag das Recht des Miethers noch so sehr ausdehnen mag, dem Miether dadurch doch nicht das Eigenthum verliehen wird.

Ist nun nach dem Bisherigen der Vertrag vom 14. November 1864 nicht als ein Kauf-, sondern als ein Pachtvertrag anzusehen, so steht dem Pächter auch die Befugniß zu, omnia secundum legem conductionis facere.

l. 25 §. 3 D. Loc. cond.

Troplong, du louage ad art. 1728/29 nro. 294. 296.

Der Pächter hat dabei nur die Verbindlichkeit, die gepachtete Sache als guter Hauswirth nach der abgeredeten oder aus den Umständen muthmaßlichen Bestimmung zu gebrauchen. Ueber die Art der Benützung eines Pachtgutes entscheiden daher in erster Reihe die ausdrücklichen Vertragsbestimmungen und bei deren Mangel die Eigenschaft der baulichen Anlage, sowie das Bedürfniß des Pachtgutes und des darauf betriebenen Gewerbes.

Annalen XXX. S. 73.

Troplong a. a. O. No. 299. 301. 313. 314.

In letzterer Beziehung sagt Troplong a. a. O. No. 308:

„Il n'est pas nécessaire, qu'un propriétaire se prononce expressément sur la destination que la chose doit conserver. Cette destination est suffi-

samment précisée par l'état des lieux, par l'usage auquel la chose avait servi jusqu'au moment du bail, par la qualité du locataire avec qui le contrat est passé.

Aus diesem Grunde ist es auch allerdings von Erheblichkeit, daß ein Pachtvertrag der fraglichen Art schon zu Lebzeiten der Mutter und Erblasserin der Minderjährigen bestanden hat, daß also den fraglichen Grundstücken zur Zeit des Pachtvertragsabschlusses vom 14. November 1864 schon die nämliche Gestalt und Bestimmung gegeben war, in welcher der Pächter solche übernahm und beziehungsweise nach welcher er dieselben ausbeutete.

Der Beklagte war daher auch als Verpächter gemäß L.R.S. 1719 und 1142 verbunden, dem Pächter während der Dauer des Bestands den ruhigen Genuß der Sache zu gewähren und beziehungsweise denselben wegen der Entwährung zu entschädigen.

Wenn es nun auch nach dem Bisherigen, wie ich glaube, richtiger sein dürfte, daß dem Kläger überhaupt ein Entschädigungsanspruch zusteht, so erscheint doch die von dem Kläger mit der Klage aufgestellte Schadensberechnung einerseits dem Gesetze und anderseits den thatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechend, und war wohl mit Recht aus diesem Grunde, worauf der Gerichtshof ebenfalls und gleichzeitig die Abweisung der Klage gestützt, dieselbe abzuweisen.

Der Kläger berechnete nämlich den Schaden nach dem Gewinn, welchen er durch Ausbeutung der Pachtobjecte und durch den Ziegeleibetrieb während der ganzen noch übrigen Pachtzeit vom Februar 1867 bis März, beziehungsweise Mai 1874, hätte erzielen können und gelangte dabei — ähnlich der bekannten Milchtopfrechnung — zu einer absonderlich hohen Summe, welche er indessen selbst auf 3000 fl. herabsetzte.

Die Entschädigung kann jedoch selbst in dem (hier vorliegenden) Falle, wo die Verbindlichkeit aus Gefährde des Schuldners unerfüllt blieb, nach L.R.S. 1151 nur denjenigen erlittenen Verlust und entgangenen Gewinn unter sich begreifen, welche unmittelbare und natürliche Folgen der Nichterfüllung sind. Der Schaden besteht daher lediglich in dem, dem Kläger durch die Entziehung der beiden Rebstücke dadurch entgangenen Gewinn, daß ihm der Betrieb einer auf diesen Grundstücken eingerichteten Feldziegelei unmöglich gemacht wurde. Da nun offenkundiger Weise auf Ooser Gemarkung eine Reihe von Grundstücken sich befinden, welche ihrer Bodenbeschaffenheit nach ebensogut zum Betrieb einer Feldziegelei geeignet sind, wie die fraglichen Rebstücke, und der Kläger mit Leichtigkeit ein anderes Grundstück zum Zwecke dieses Betriebs hätte erwerben können, so ist demselben durch die Entziehung der fraglichen Rebstücke der Betrieb einer Feldziegelei nicht dauernd unmöglich gemacht.

Annalen XXVIII. S. 265

Der dem Kläger zugegangene Schaden bestünde aber dann lediglich in einem etwaigen Unterschied des Kaufpreises, wenn derselbe für den Erwerb des neuen Grundstückes größer gewesen wäre, als der fragliche Pachtzins; ferner in dem aus einer vielleicht ungünstigeren Lage des neu erworbenen Grundstücks sich etwa ergebenden höheren Kostenaufwand für die Herbeischaffung der nöthigen Materialien und für die Fortbringung der erzielten Produkte; sodann in den Kosten der Verbringung der Einrichtung einer Feldziegelei von dem gepachteten Grundstücken auf das neu erworbene, und endlich in dem aus der Unmöglichkeit des Betriebs der Feldziegelei dem Kläger entgangenen Gewinn für die von der Entziehung der beiden Rebstücke bis zum Erwerb eines neuen Grundstücks und Einrichtung einer Feldziegelei auf demselben erforderlichen Zeit.

„Les dommages — intérêts doivent etre calculés seulement d'après le bénéfice dont il est privé, en ne recevant pas le revenu réel de l'immeuble et non d'après le gain qu'il aurait pu en retirer, en se livrant à des spéculations extraordinaires."

Gilbert, Code annoté ad art. 1149.

Obige Bedenken berühren aber nicht die durch den Entwährungsprozeß des neuen Erwerbers dem Kläger erwachsenen Prozeßkosten und hätte der Beklagte, nachdem der Pächter seinem Verpächter ordnungsmäßig den Streit verkündet hatte, jedenfalls zum Ersatze derselben verurtheilt werden müssen.

Ferdinand Beck,
Referendär in Baden.

112.

Durch die Zuweisung einer Forderung an Zahlungsstatt gehen die Rechte des früheren Eigenthümers auf den betreibenden Gläubiger über

und ist die ihm zugewiesene Forderung jedem andern Zugriff entzogen.

Vergl. oben Ziff. 24; §§. 912 Abs. 4, 969.

J. S.

der Jakob Lang Wittwe in Altdorf, Klägerin
gegen
Hermann Graumann Ehefrau, Auguste geb. Deimling in Heiligenzell, Beklagte,
Forderung betr.,

hier des Bankhauses Oswald Gebrüder und Comp. in Basel, Einsprachskläger, Appellaten, Oberappellanten,
gegen
Jakob Lang Wittwe in Altdorf, Einsprachsbeklagte, Appellantin, Oberappellatin,
Einsprache gegen eine Vollstreckung betr.,

wurde das, die Einsprachsklage abweisende, Urtheil des Appellations-Senats von großh. Oberhofgericht am 2. Juli 1868 aus folgenden Gründen bestätigt:

2c. Während des Einsprachsverfahrens ist ein Grund entstanden und beklagter Seits nach §§. 317 und 343 der Pr.O. in zulässiger Weise geltend gemacht worden, wodurch das Einsprachsrecht der Kläger erloschen ist. Nachdem nämlich dieselben ihrer Schuldnerin, H. Graumanns Ehefrau, gegenüber in dem Vergleiche vom 11. Juli 1867 bedingterweise sich verpflichtet hatten, jede weitere Rechtsverfolgung einzustellen, hat das Untergericht am gleichen Tage beschlossen, daß die Zuweisungsverfügung vom 13. Mai auszufertigen sei, was geschehen und deren Zustellung an die Betheiligten am 17. Juli erfolgt ist. Gegen diese Verfügung, welche bei der Vollstreckungsart der Beschlagnahme von Ausständen des Schuldners das Haupterkenntniß bildet, und womit das Vollstreckungsverfahren beendigt ist, haben die Einsprachskläger kein Rechtsmittel ergriffen, vielmehr dabei sich beruhigt. Mit der Beendigung des Vollstreckungsverfahrens der Beschlagnahme der betreffenden ausstehenden Forderung ist aber die Wirkung verbunden, daß nunmehr die Rechte der Schuldnerin an der an Zahlungsstatt zugewiesenen Forderung auf den betreibenden Gläubiger, die Wittwe Lang, übergegangen sind, und damit ist diese Forderung dem Zugriff jedes andern Gläubigers derselben Schuldnerin entzogen.

Das untergerichtliche Urtheil vom 22. August 1867 steht daher mit der ohne allen Vorbehalt erlassenen und noch in voller Wirksamkeit fortbestehenden Zuweisung im Widerspruch; das jenes Urtheil beseitigende Erkenntniß des Appellationssenats mußte demnach bestätigt 2c. werden. Red.

113.

Aus amtsgerichtlicher Praxis.

1) Der inländische Geldwerth ausländischer Werthpapiere kann auch von Amtswegen durch Gutachten Sachverständiger hergestellt werden. (§. 493 der Pr.O.)
2) Nordamerikanische, insbesondere New-Yorker Schuldurkunden brauchen im Zweifel nur in sogenannten Greenbacks oder Papierdollars eingelöst zu werden.
3) Der Inhaber eines mit einem Blankoindossament versehenen Wechsels ist ohne Nachweis, wie er in den Besitz des Wechsels gekommen, zur Klagerhebung berechtigt.
4) Nach Eröffnung der Gant durch ein ausländisches Gericht können die im Inlande befindlichen Vermögensbestandtheile des Gantmanns in der Regel nicht zur ausländischen Gantmasse gezogen werden.
5) Ist dem Richter die bezügliche ausländische Gesetzgebung bekannt, so darf er sie von Amtswegen anwenden.
6) Nach französischem, englischem und nordamerikanischem Wechselrecht ist zur Wechselkraft einer Urkunde nicht erforderlich, daß ein dem Ausdruck „Wechsel" entsprechendes Wort in derselben enthalten sei.
7) Sogenannte amerikanische **Prommissory Notes** sind gleichbedeutend mit eigenen-, trockenen- oder Solawechseln, oder **billets à ordre.**
8) Eigene (Sola-) Wechsel an eigene Ordre sind bei Blankoindossirung nach der deutschen Wechselordnung klagbar.

Obige Fragen kamen bei großh. Amtsgericht Mannheim zur Verhandlung.

J. S.
des Handelsmanns Gottschalk u. Sohn in Feudenheim, Kläger,
gegen
Kaufmann Wilhelm Hirschhorn von New-York, z. Z. in Mannheim,
Wechselforderung betr.

Die Entscheidungsgründe zum Urtheil vom 2. März d. J., gegen welches keine Berufung eingelegt wurde, lauten im Wesentlichen:

Am 10. August 1866 stellte der Beklagte zu New-York eine Urkunde in englischer Sprache aus, welche, übersetzt, wörtlich folgenden Inhalt hat:

New-York, Aug. 10. 1866.
Drei Monate nach Datum versprechen wir zu bezahlen an die Ordre von uns selbst Vierhundert neunzig drei 48/100 Dollars zu New-York 9. Old Slip.
Werth erhalten.
Wm. Hirschhorn, Comp.
schuldig Nov. 10./13.

Auf die Rückseite dieser Urkunde schrieb der Beklagte in der gleichen Zeit abermals seinen obigen Firmennamen (in Blanko).

Diese Urkunde ließ die frühere Inhaberin derselben, die siebte Ward National-Bank der Stadt New-York am 13. Novbr. 1866 dem Beklagten vorzeigen.

Der Kläger legte sie nun dem Gerichte vor, indem er behauptete, daß dieselbe ein vom Beklagten ausgestellter Solawechsel an eigene Ordre mit Blankoindossament des Beklagten sei und bat demgemäß um Verurtheilung desselben im Wechselverfahren zur Bezahlung von 493 Dollars 48 Cents und von 1 Dollar 25 Cents, letzteres für Kosten einer gleichzeitig mit vorgelegten angeblichen Protesturkunde vom 13. November 1866 oder zusammen zur Bezahlung von 1236 fl. 42 kr. nebst 6 pCt. Zinsen vom 13. November 1866, da behauptet wurde, daß der nordamerikanische Dollar einen Werth von 2 fl. 30 kr. S.W. habe.

Beklagter gab diese Thatsachen als richtig zu, bestritt aber, daß hier überhaupt ein Wechsel vorliege, und daß die beigebrachte sog. Privaturkunde ächt sei und behauptete, daß jedenfalls nicht Golddollars im Werth von 2 fl. 30 kr., sondern nur Papierdollars oder sog. Greenbacks im Course von 1 fl. 45 kr. als Zahlungsmittel beansprucht werden könnten.

Klägerischer Seits wurde Letzteres in Abrede gestellt, ohne übrigens gleichzeitig den betr. Beweis in einer im Wechselprozesse erheblichen Art anzutreten. (§. 646 der Pr.O.)

Man sah sich jedoch gemäß §. 493 der Pr.O. (vergl. Annal. 1868 S. 25 ff.) veranlaßt, diese Thatfrage durch das Gutachten dreier von Amtswegen ernannter Sachverständigen festzustellen.

Nach dem Ausspruch der betr. Banquiers läge nun allerdings in jedem Falle nur eine Verpflichtung zur Bezahlung in Greenbacks vor und war der höchste Coursstand derselben zu New-York am 12. Januar d. J. und zwar mit 1 fl. 46½ kr. eingetreten, so daß sich die klägerische Forderung dem entsprechend ermäßigen würde, und die Summe von 493 Dollars 48 Cents, und 1 Dollar 45 Cents, den Dollar zu 1 fl. 46½ kr. berechnet, als der Streitgegenstand angesehen werden muß, weil hinsichtlich des letzten Betrags das Gericht gemäß §. 420 der Pr.O. aus Inhalt und Form der vorgelegten sog. Protesturkunde die Ueberzeugung gewann, daß dies wirklich ein von einem zuständigen New Yorker Notar ausgestellter förmlicher Absagescheiu ist, durch dessen Aufnahme 1 Dollar 25 Cents Kosten entstanden sind.

Vergl. Borchardt, Wechsel-R. S. 499.

Beklagter hat, abgesehen von der Bemängelung der Wechselkraft der vorgelegten Urkunde, auch noch vorgeschützt, Kläger habe nicht nachgewiesen, daß er durch Indossament in den Besitz des sogenannten Wechsels kam, daß, wenn man der Urkunde Wechselkraft zuerkennen wollte, dadurch ein förmliches Papiergeld geschaffen würde, was aber nach §. 1 des Gesetzes vom 5. Juni 1860, Reggsbl. No. XXX., unzulässig sei und daß Beklagter vor 2 Jahren in New-York in Gant gerathen, welche noch nicht erledigt sei.

Was nun den ersterwähnten Einwand anbelangt, so stellt sich derselbe, die Wechseleigenschaft der vorgelegten Urkunde vorausgesetzt, nicht als begründet dar.

Gemäß Art 9. 12. 13. 18 am Ende und §. 81 der d. W.O. erscheint nämlich jeder Inhaber eines mit einem Blankoindossamente versehenen Wechsels, auch wenn die Art und Weise, wie er an den Besitzer gelangte, auf dem Wechsel selbst nicht durch Ausfüllung der Indossamente beurkundet ist, jedenfalls dann als zur Klage gegen den Wechselschuldner berechtigt, wenn nicht Seitens des Letzteren behauptet und nachgewiesen wird, daß

der Inhaber unredlicherweise in den Besitz des Wechsels gelangt sei.

Vergl. Borchardt zu Art. 12 u. 13 der d. W.O. und Renaud, deutsches Wechselrecht 2. Aufl. S. 126 und 134.

Annalen 1861 S. 185 ff.

Die Bestimmung des §. 1 des Gesetzes vom 5. Juni 1860 ist aber nach ihrem deutschen Wortlaut nur auf gewöhnliche Schuldverschreibungen, wodurch sich der Aussteller zur Geldzahlung an jeden Inhaber verpflichtet und auf Handelszettel auf Inhaber (L.R.A.S. 191—193), nicht aber auf eigentliche Wechselurkunden anwendbar.

Vergl. ferner über den Unterschied zwischen Wechsel und Papiergeld:

Archiv für deutsches W.R. Bd. III. S. 113 ff.

Renaud, W.R. §. 9 No. 6.

Endemann, Handels-R. §. 141, §. 79 u. §. 82 ff.

Der Umstand endlich, daß Beklagter sich noch zu New-York in Gant befinden soll, könnte von keinerlei Einfluß sein, weil zwischen den Vereinigten Staaten von Nordamerika und Baden keine Staatsverträge bestehen, nach welchem gemäß §. 728 der Pr.O. sämmtliches Vermögen eines Schuldners, gegen welchen in dem einen oder andern Staate Gant erkannt wurde, auch wenn es sich nicht im Staatsgebiet des Gantrichters befindet, von dem Concurs als ergriffen und damit dem besonderen Zugriff der Gläubiger des anderen Staats entzogen angesehen werden müßte.

Vergl. Minist.-Erklärung vom 19. Juli 1855, Staatsvertrag mit Sachsen betr., Art. 13 Reggsbl. XXVIII. S. 208.

Staatsvertrag mit Württemberg vom 30. Dezember 1825, Art. VIII. Reggsbl. No. XXXII.

Staatsvertrag mit der Schweiz, V.O. großh. J.M. vom 18. August 1868, Reggsbl. No. XXVIII.

Staatsvertrag mit Hessen-Darmstadt: L.V. vom 5. Mai 1813, III. No. 5 u. 6.

Bayer, Concursproceß (1842) §. 21 Anmerk. 11.

von Gönner, Handbuch IV. S. 530.

Schweppe, §. 154.

Bei Entscheidung der Hauptfrage dagegen, ob hier ein in Baden klagbarer Wechsel vorliegt, sind neben der deutschen W.O. auch die amerikanischen (New-Yorker) Gesetze zu berücksichtigen. Art. 85 u. 86 der W.O.

Kläger hätte nun zwar bei Einreichung der Klage sofort den liquiden Beweis erbringen sollen, daß die im Ausland gefertigte Urkunde nach den dortigen Gesetzen als Wechsel gelte,

Renaud, §. 7 Anmerk. 6.

Borchardt, S. 477 u. 390,

da sie dem deutschen Wechselrecht nicht vollkommen entspricht, indem in ihr hauptsächlich der Ausdruck „Wechsel" oder ein gewöhnlich gebrauchter gleichbedeutender Ausdruck der fremden (englischen) Sprache (Bill of exchange) fehlt;

Art. 4. 1 u. 96. 1 der deutschen W.O.,

ist aber dem Richter die ausländische Gesetzgebung bekannt, so hat er auch die Befugniß, dieselbe bei der Entscheidung in Anwendung zu bringen.

Borchardt zu Art. 85 insbes. S. 392.

Renaud, W.R. §. 7 Note 6 u. S. 20.

Nach französischem, englischem und nordamerikanischem Rechte ist nun zur Wechselkraft einer Urkunde überhaupt nicht nothwendig, daß in derselben ein dem Ausdruck „Wechsel" entsprechendes Wort enthalten sei.

Renaud, W.R. §. 15 Note 2.

Borchardt zu Art. 4. 1. Anmerk. 52.

Außerdem gelten aber in Nordamerika und insbesondere in New-York die Worte: „We promesse to pay," auf eine Urkunde vorliegender Art gesetzt, als eine sehr gebräuchliche wechselmäßige Erklärung und sind die sog. Promissory Notes, deren häufigste Form, wie in vorliegendem Falle, die mit Blankoindossament ist, sogar gleichbedeutend mit eigenen-, trockenen- Solawechseln oder billets à ordre (Art. 187 u. 188 Code de Comm.)

Kanzler, Kent Commentaries on American law. vol. 3. S. 72. 5. Ausg. u. Kap. IV. Tit. 2 Theil 2.

—. Entscheidung des Obertribunals in Berlin vom 10. Juli 1860.

Seuffert, Bd. XIV. S. 279 ff. und

Löhr, Centr.Organ. Bd. II. S. 108 ff.

Endemann, H.R. II. Aufl. §. 83 Note 35, §. 85 Note 3.

Borchardt zu Art. 4, deutsche W.O. Anmerk. 52.

In diesen Schriften ist nun aber nicht erwähnt, ob solche Promissory Notes auch an eigene Ordre vorzukommen pflegen, und ist daher zu prüfen, ob wenigstens nach der deutschen W.O. Solawechsel auf eigene Ordre ausgestellt, Wechselkraft besitzen.

Diese ist ihnen nun auch nach neueren Entscheidun-

gen dann zuzuerkennen, wenn der Wechsel in Blanco indossirt ist.

Vergl. Thöl, H.R. §. 278 II. 1,
Archiv für deusch. W.R. III. S. 189 ff. u. 91,
Seuffert, Bd. VI. S. 251. 252 u. 356 ff.,
insbesondere Seuffert, Bd. XIII. S. 252. Urtheil des Obertribunals in Berlin vom 16. September 1858,
dagegen Renaud, S. 46 Ende.

Hiemit stimmt auch vollkommen das Gutachten der einvernommenen Sachverständigen überein.

Da also eine in Amerika als wechselmäßig geltende Ausdrucksweise vorliegt, auch durch die Art der Protest erhebung sehr wahrscheinlich gemacht ist, daß die Urkunde in New-York wirklich als Wechsel behandelt wurde, sie im Uebrigen dem deutschen Wechselrecht entspricht, und da dem Geist des Handels- und Wechselrechts gemäß nach dem zu erforschenden Willen der Contrahenten, welche offenbar keine werthlose Urkunde ausstellen wollten, die in diesem Fall auch sicher nicht in Umlauf gekommen wäre, zu entscheiden ist, so muß die Urkunde auch als ein in Baden einklagbarer Wechsel anerkannt werden.

Art. 278. 279 des deutsch. H.G.B. vergl. mit Satz 1156. 1157. 1158. 1159 des L.R.

Sengler, Amtsrichter in Mannheim.

114.

Rechtspolizeisache.

Die Rechtspolizeibehörde hat im Interesse des Verschollenen dafür Sorge zu tragen, daß dessen zurückgelassenes Vermögen in feste und sichere Hände kommt; entsteht aber ein Streit darüber, welche von verschiedenen Personen ein Recht auf Einweisung in den Besitz seines Vermögens habe, so sind diese Personen vor die Gerichte zu verweisen, gleichviel ob der Streit noch während des Rechtspolizeiverfahrens entsteht oder erst nach dessen Schluß.

L.R.S. 120.

Johann Schmitt alt von Bietigheim hatte aus erster Ehe vier Kinder:

1) Joh. Adam Schmitt, der sich im Jahre 1787 nach Oesterreich unter das Militär begeben hat,
2) Xaver Schmitt, der bereits vor dem Jahr 1807 gestorben ist,
3) Theresia Schmitt, Ehefrau des Franz Ant. Wurz von Bietigheim und
4) Johann Schmitt.

Am 12. Oktober 1807 hat Joh. Schmitt alt seinen drei, damals noch lebenden Kindern erster Ehe das Vermögen ihrer † Mutter übergeben. Jedes Kind erhielt ¼, das dem Sohn Xaver Schmitt, welcher nach seiner Mutter gestorben war, zugefallene Viertel wurde aber unter den Vater und die drei Kinder vertheilt, wobei jedoch der Erstere seinen Theil den Kindern überließ. Der abwesende Joh. Adam Schmitt erhielt im Ganzen 606 fl. 10 kr. und zwar in Liegenschaften 243 fl. mit dem Rest wurde er zur Erhebung an seinen Bruder Johann (4) verwiesen.

Am 19. Januar 1808 starb Johann Schmitt alt. Bei der Theilung erhielt Johann Adam Schmitt (1) 223 fl. 54 kr., woran er 60 fl. 46 kr. bei seinem genannten Bruder (4) zu erheben hatte.

Im J. 1808 suchten die Ehefrau des Franz Anton Wurz (3) und Johann Schmitt (4) um die Ausfolgung des Vermögens des abwesenden Joh. Ad. Schmitt (1) bei großh. Regierung der Markgrafschaft zu Karlsruhe nach, mit Regierungsdecret vom 2. Juni 1808 erging Edictalladung und da weder Joh. Ad. Schmitt, noch Leibeserben desselben sich meldeten, so verfügte gedachte Regierung unterm 22. April 1809, das Oberamt Rastatt habe das Vermögen des verschollenen Joh. Ad. Schmitt im Betrage von 470 fl. an dessen nächste Verwandte gegen Caution auszufolgen.

Unterm 17. Juni 1809 wurde das Vermögen des Genannten zwischen der Ehefrau des Franz Ant. Wurz (3) und Johann Schmitt (4) getheilt und denselben in fürsorglichen Besitz gegeben.

In einer an das Amtsgericht Rastatt gerichteten Eingabe des Rechtsanwalts Mohr vom 1. März 1866 wurde aber diese Theilung des Vermögens des Joh. Ad. Schmitt als ungültig angefochten, weil derselbe 3 halbbürtige Geschwister gehabt habe.

In II. Ehe mit Magdalena Gans habe nämlich Joh. Schmitt alt 3 Kinder gezeugt, die noch lebende Magdalena Schmitt, Wittwe des Valentin Kühn, die Margaretha Schmitt, verstorbenen Ehefrau des Joh.

Schröder und Simon Schmitt, der vor seinen Eltern gestorben sei.

Namens der Val. Kühn Wittwe und der Nachkommen der † Ehefrau des Joh. Schmitt wurde von Rechtsanwalt Mohr an großh Amtsgericht Rastatt das Begehren gerichtet, Verhandlungen zu pflegen und hiezu die im Schriftsatze vom 1. März 1866 bezeichneten 8 Nachkommen des Johann Schmitt alt aus II. Ehe zu laden und am Schlusse der Verhandlungen die halbbürtige Schwester des Verschollenen, Magdalena Schmitt, Wittwe des Valentin Kühn, sowie die Nachkommen der † zweiten halbbürtigen Schwester desselben Margaretha Schmitt, Ehefrau des Joh. Schröder, in den endgültigen und eventuell in den fürsorglichen Besitz des hinterlassenen Vermögens des Johann Adam Schmitt einzuweisen.

Schließlich wurde auch gebeten, die Interessenten auf den Rechtsweg zu verweisen, wenn sich die Sache auf außergerichtlichem Wege nicht erledige!

Hierauf verfügte das Amtsgericht Rastatt unterm 7. April 1866 ohne vorausgegangene Verhandlungen, es sei, unter Aufhebung der Sicherstellung, die fürsorgliche Einweisung für endgültig zu erklären und beauftragte den betr. Notar, die Theilung vorzunehmen.

Am 24. August 1866 erhob Rechtsanwalt Mohr Namens der von ihm vertretenen Nachkommen der zweiten Ehefrau des Johann Schmitt alt, die der Ansicht waren, die amtsgerichtliche Verfügung vom 7. April 1866 sei zu ihren Gunsten erlassen, Beschwerde gegen den Theilungsbeamten, weil derselbe nicht sofort zur Theilung schreite, sondern vorerst vom Gemeinderath Auszüge aus den Grund- und Pfandbüchern gemäß §. 126. 3 der Geschäftsordnung für Notare eingefordert habe.

Unterm 12. September 1866 verfügte hierauf das großh Amtsgericht Rastatt, der Antrag, den Notar zu beauftragen, das Vermögen des Verschollenen unter die Beschwerdeführer und die vollbürtigen Geschwister zu vertheilen, werde angebrachtermaßen verworfen. Dazu wurde bemerkt, nach der eigenen Angabe der Beschwerdeführer seien die vollbürtigen Geschwister bereits endgültig eingewiesen, wollten andere Verwandte einen Anspruch an die Erbschaft erheben, so habe dies bei Gericht zu geschehen. Hierauf erhoben dann die Beschwerdeführer am 22. April 1867 bei großh. Kreisgerichte Baden gegen die Nachkommen des Johann Schmitt alt aus erster Ehe Klage und baten, zu erkennen, die Beklagten seien schuldig, den Nachlaß des verschollenen Joh. Ad. Schmitt sammt Früchten und Zinsen mit ihnen, gesetzlicher Ordnung nach, in der Art zu theilen, daß ihnen, den Klägern, ¼ dieses Nachlasses zufalle.

Unterm 22. Oktober v. J. erkannte großh. Kreisgericht Baden, das Verfahren über den vorliegenden Rechtsstreit werde bis zur Erledigung der Rechtspolizeisache zwischen denselben Theilen eingestellt, indem das Erkenntniß vom 7. April 1866 den Parteien noch nicht eröffnet worden und deßhalb die Frist zur Beschwerdeführung noch nicht umlaufen sei.

Am 28. November 1867 beantragte hierauf Rechtsanwalt Mohr bei großh. Amtsgericht Rastatt, das gedachte Erkenntniß vom 7. April 1866 dahin zu erläutern, daß durch dasselbe habe ausgesprochen werden wollen, die Kläger seien mit den Beklagten in den Besitz des Vermögens des Verschollenen eingewiesen worden. Mit Erkenntniß vom 9. Dezember 1867 erläuterte darauf das gedachte Amtsgericht fraglichen Bescheid im Widerspruch mit der Verfügung vom 12. Septbr. 1866 dahin, daß durch denselben die fürsorgliche Einweisung zu Gunsten der Kläger (!!) für endgültig erklärt werde. Dieses Erkenntniß wurde sämmtlichen Betheiligten am 17. Dezember 1867 zugestellt, nachdem die Zustellung der Verfügung vom 7. April 1866 nachträglich am 15. November v. J. erfolgt war. Unterm 29. Dezember 1867 reichte sodann Rechtsanwalt Stigler Namens der Nachkommen der ersten Ehefrau des Johann Schmitt alt eine Beschwerde beim Appellationssenat ein, worin er beantragte, die Erkenntnisse des Amtsgerichts Rastatt vom 7. April 1866 und 9. Dezember v. J. aufzuheben.

Dieser Beschwerde ward zunächst entgegengehalten, daß sie nach §. 24 des Gesetzes vom 28. Mai 1864 über die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit verspätet sei, weil die Zustellung der Verfügung vom 7. April 1866 bereits am 15. November v. J. erfolgt, diese Verfügung also rechtskräftig sei.

(Schluß folgt.)

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Sept. 1868. No. 7.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 3.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat September 1868.

Rolle Nr.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Donnerstag den 10. September.	
84	Bürger gegen Imhof. — Wohnungsräumung.	Fürst. — Kusel.
43	Freund gegen Krill. — Forderung.	Strauß. — Mayer.
	Dienstag den 15. September.	
47	Bindewald gegen Pape. — Arrest.	Grimm. — Geißmar.
46	Walliser gegen Andris. — Stellfallbeseitigung.	Esser. — Geißmar.
	Donnerstag den 17. September.	
30	Sutter gegen Sutter. — Vermögensabsonderung. . . .	Fürst.
45	Fröhlich gegen Bauer. — Vertragserfüllung.	Grimm. — v. Feder.
	Dienstag den 22. September.	
20	v. Ingelheim gegen v. Ingelheim. — Urkundenherausgabe. .	Zutt.
55	Oberstiftungsrath gegen Ottenheim. — Besitzstörung. . .	Barazetti. — Näf.
	Donnerstag den 24. September.	
44	Ettling gegen Frank. — Forderung.	Bertheau. — Geißmar.
51	Klatt gegen Fiscus. — Entschädigung.	Bertheau. — Eller.
	Dienstag den 29. September.	
36	Schmidt gegen Nebel. — Forderung.	Schulz. — Gernandt.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 17.

(Schluß von Art. 114.)

Das großh. Oberhofgericht adoptirte jedoch die Erwägung des Appellationssenats, daß die Frist zur Ausführung der Beschwerde, welche gerade gegen die, in der Erläuterungsverfügung zu Gunsten der Stiefgeschwister ausgesprochene endgiltige Einweisung gerichtet sei, erst von der Zeit der Einhändigung des Erläuterungserkenntnisses an (§. 1092 der Pr.Ord.) laufe.

In der Beschwerdeschrift war geltend gemacht, daß das Erkenntniß des Amtsgerichts Rastatt vom 7. April 1866 in unzulässiger Weise erlassen worden sei, denn da die Nachkommen erster Ehe des Joh. Schmitt alt den Anspruch der Stiefgeschwister auf den von diesen geforderten Antheil an dem hinterlassenen Vermögen des Verschollenen bestreiten, so stehe bei dieser Collision der Ansprüche beider Theile die Entscheidung unzweifelhaft den Gerichten zu, an welche die Stiefgeschwister hätten verwiesen werden sollen.

Der Appellationssenat des Kreis- und Hofgerichts Offenburg erachtete diese Bemängelung der Beschwerdeführer für begründet und erkannte:

> Es seien die von großh. Amtsgerichte Rastatt erlassenen Verfügungen vom 7. April 1866 und 9. Dezember 1867 aufzuheben, und demgemäß die in dieser Rechtspolizeisache aufgetretenen, im Rubrum genannten Nachkommen zweiter Ehe des Johann Schmitt alt, unter Verfällung derselben in die Kosten beider Instanzen mit ihren Ansprüchen an das Vermögen des Joh. Adam Schmitt an den bürgerlichen Richter zu verweisen.

In den Entscheidungsgründen wird angeführt:

Die Nachkommen der II. Frau des Joh. Schmitt alt haben sich mit ihrem Gesuche um endgültige, eventuell um fürsorgliche, Einweisung an großh. Amtsgericht Rastatt als Rechtspolizeibehörde gewendet und als solche hat das Amtsgericht die betreffenden Erkenntnisse erlassen. Die Beschwerdeführer waren aber bereits fürsorglich in den Besitz des Vermögens des Verschollenen gesetzt.

Mit ihrem Gesuch haben demnach die Nachkommen der II. Frau die Berechtigung der Erstern zur Besitznahme eines Theils dieses Vermögens bestritten, indem sie behaupteten, daß auch sie erbberechtigt seien.

Wenn aber nach bereits geschehener fürsorglichen Einweisung dritte Personen ein besseres oder ein gleiches Recht behaupten, so haben hierüber nicht die Rechtspolizeibehörden, sondern die Gerichte zu entscheiden. Dies ergibt sich schon aus dem Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit, worunter die Befugniß der Gerichte verstanden wird, auch bei solchen Rechtssachen mitzuwirken, bei welchen es sich nicht um Entscheidung eines Streites, sondern um Begründung und Erhaltung von Rechtsverhältnissen im öffentlichen Interesse oder im Interesse von Privaten handelt.

Wezell, System des Civilprozesses §. 43.
Bayer, Civilprozeß S. 96.

Die Amtsgerichte haben als Rechtspolizeibehörden das Abwesenheitsverfahren zu besorgen §. 1. 2. 9 des Gesetzes vom 28. Mai 1864 §. 39 ff. der Geschäftsordnung für Gerichtsnotare und dabei die muthmaßlichen Erben der Verschollenen in den Besitz seines Vermögens einzuweisen (L.R.S. 120).

Das einweisende Gericht kann zwar nur diejenigen berücksichtigen, welche sich sofort oder vor Beendigung des Einweisungsverfahrens den zuerst aufgetretenen gegenüber als nächst berechtigte Erben ausgewiesen haben (L.R.S. 120 a), damit wird aber nicht ausgeschlossen, daß auch noch später andere Erben bessere oder gleiche Ansprüche geltend machen können.

Zachariä B. I. S. 357.
Behaghel, das bad. bürgl. R. S. 106.

Dies kann aber nur im Wege der Klage vor den zuständigen Gerichten geschehen.

Annalen XXVII. S. 373.

Denn es handelt sich nun nicht mehr um eine Fürsorge für das Vermögen des Abwesenden, indem der bereits fürsorglich Eingewiesene dasselbe zu verwalten hat (L.R.S. 125), sondern um die Entscheidung des Streits, ob ein Dritter bessere oder gleiche Ansprüche, wie der Eingewiesene hat.

Aus diesen Gründen mußten die von dem großh. Amtsgericht Rastatt als Rechtspolizeibehörde unterm 7. April 1866 und unterm 9. Dezember 1867 erlassenen Erkenntnisse aufgehoben und die Nachkommen zweiter Ehe des Johann Schmitt alt mit ihren Ansprüchen an das Vermögen des Johann Adam Schmitt an den Richter verwiesen werden. Auch waren dieselben, obgleich sie in ihrer Eingabe vom 1. März 1866 gebeten, die Interessenten auf den Rechtsweg zu verweisen, wenn sich die Sache auf außergerichtlichem Wege nicht erledige, doch in sämmtliche Kosten zu verurtheilen, weil sie sich überhaupt an die nicht zuständige Behörde gewendet haben, den Vollzug der von dieser erlassenen Verfügung begehrten und jetzt sogar behaupten, daß das Amtsgericht zur Erlassung der in Rede stehenden Erkenntnisse zuständig gewesen sei."

Die gegen dieses Erkenntniß von den Nachkommen zweiter Ehe des Johann Schmitt alt von Bietigheim geführte Beschwerde wurde unter Annahme der Entscheidungsgründe von großh. Oberhofgericht unter Verfällung der Beschwerdeführer in die hierdurch veranlaßten Kosten, als unbegründet verworfen. Red.

115.

Fragen aus dem Zwangsabtretungsgesetz. §. 24. 25.

Werth einer Wasserkraft. Concession? Beurtheilung von Zwischenpunkten aus dem öffentlichen Recht. Werthmindernde Beschränkungen des Wasserrechtes.

Oberhofgerichtliche Entscheidung in der Sache Fiscus gegen Hammerwerksbesitzer Haiß in Haslach.

Vrgl. Bd. 33 der Annalen S. 356 Aufsatz No. 148.

In dem angeführten Aufsatz (von Ottendorff) wurde die Entscheidung der bezeichneten Streitsache bei dem Kreis- und Hofgericht Offenburg in Bezug auf zwei Hauptfragen mitgetheilt und besprochen. Dabei wurde, da die Appellation gegen das obergerichtliche Urtheil ergriffen worden war, eine künftige weitere Erörterung der den Gegenstand der Entscheidung bildenden Fragen angeregt. [1])

[1]) Redactionsnote S. 358 am angeführten Orte.

Das am 3. März 1868 in der Sache ergangene oberhofgerichtliche Urtheil war ein bestätigendes.

Indem wir nun, der erwähnten Anregung entsprechend, die Gründe zum Urtheil des dritten Rechtszugs unter Hinweis auf die Wichtigkeit der entschiedenen Hauptfrage wegen der stets wachsenden Ausdehnung des Verkehrs und der Anlagen zu öffentlichem Nutzen in den Hauptpunkten hier mittheilen, bemerken wir hiezu Folgendes:

Die im frühern Aufsatz unter I. und II. besprochenen Hauptfragen sind auch hier unter Ziff. I. und II. gewürdigt. Ziff. III. bezieht sich auf einen zwar für die Entscheidung des besondern Falles bedeutsamen Punkt, welcher aber ein allgemeines Interesse, namentlich für die Lehre von der Zwangsabtretung, nicht darbietet, weßhalb eine nähere Mittheilung desselben entbehrt werden kann. Ziff. IV. dagegen enthält die kurzgefaßte Beurtheilung einiger das Maaß der festgesetzten Entschädigung nach dem Gutachten der Sachverständigen betreffenden besonderen Streitpunkte, die mehr oder weniger doch auch von allgemeinem Interesse erscheinen.

Entscheidungsgründe des Oberhofgerichts.

Gegen das bestätigende obergerichtliche Urtheil vom 4. Oktober v. J., welches sich nur auf die vom Beklagten beanspruchte und ihm bis zum Betrag von 5870 fl. richterlich zuerkannte Entschädigung für die ihm durch Abtretung der Wiesen und Verlegung des durchfließenden Mühlkanals entzogene Wasserkraft, nicht auf die im Uebrigen nicht mehr bestrittene Entschädigung für die Abtretung der betreffenden Wiesenflächen selbst [2])

[2]) Es läßt sich die Frage aufwerfen, ob die völlige Lostrennung des Werthes der Wasserkraft, beziehungsweise der Wasserberechtigung, vom Werthanschlag der Wiesen dem Sinne des Zwangsabtretungsgesetzes §. 24 und 25 genau entsprach, da nach §. 24 der gesammte Veräußerungswerth der abzutretenden Liegenschaften nach Maßgabe ihrer Größe, Beschaffenheit und Lage mit allen betreffenden Zugehörden in der dort bezeichneten Weise (im Durchschnittspreis der letzten 6 Jahre u. s. w.) als Grundlage für die Bestimmung der Entschädigungssumme genommen werden soll, und das Wasserrecht eher unter die allgemeine Bestimmung des §. 24, als unter die besondere des §. 25, welche die neben dem allgemeinen Werth in Anschlag zu bringenden besonderen Vortheile der Sache für den Inhaber nach seinen Gewerbs- und anderen Verhältnissen betrifft, zu passen scheint. Dieser Punkt kam auch bei der oberhofgerichtlichen Berathung in Anregung. Da jedoch die Aussonderung nach Gestaltung des Streites in den früheren Rechtszügen rechtskräftig feststand, sah sich das Oberhofgericht jedenfalls nicht veranlaßt und nicht in der Lage, diesen Punkt weiter in Frage zu ziehen.

bezieht, hat der klagende großh. Fiscus in gleicher Weise, wie er die Appellation ausgeführt, auch die Oberappellation geltend gemacht.

Seine bezüglichen Beschwerden zeigen sich jedoch in keiner Hinsicht als begründet.

I. Der Oberappellant glaubt, es gebühre dem Beklagten gar keine Entschädigung für die fragliche Wasserkraft, weil ein solcher Anspruch gemäß §. 25 verglichen mit §. 37 des Zwangsabtretungsgesetzes stets voraussetze, daß der Entschädigung fordernde Eigenthümer sich bereits durch Errichtung eines bezüglichen Werkes die Wasserkraft zu Nutzen gemacht und dadurch einen wirklichen Werth erworben habe, was durch die Fassung des Gesetzes selbst (§. 25) ausgedrückt sei.

Es beruft sich der Oberappellant hiebei auf verschiedene frühere diesseitige Entscheidungen (Annalen Band 27 S. 18 ff., Bd. 29 S. 297. 301, Bd. 31 S. 209 ff. auch ein Urtheil vom 20. März 1866 J. S. Bartholome gegen Fiscus).

Diese Entscheidungen, die als auf richtigen Grundsätzen beruhend anzuerkennen sind, erscheinen indeß nicht geeignet, seiner Beschwerde zur Stütze zu dienen.

Richtig ist es, daß nach §. 24 und 25 des mehrerwähnten Gesetzes zunächst nur die zur Zeit der Zwangsabtretung schon bestehenden Verhältnisse (Gewerbsverhältnisse, sowie sonstige) in Anschlag zu bringen sind, unsichere Aussichten und bloße Möglichkeiten künftiger Anlagen oder Anlagenerweiterungen, somit in der Regel keine Berücksichtigung finden können. Es entspricht dieses den richtigen und natürlichen Grundsätzen über Umfang und Maaß der Entschädigung im Allgemeinen.

Vrgl. L.R.S. 1149—1151.

v. Vangerow, Pandecten §. 571 Anmerkung 3 (6. Aufl. B III. S. 43—49) [3])

Im vorliegenden Falle handelt es sich aber, wie die vorderen Richter mit Recht angenommen haben, um das wirkliche Vorhandensein einer vom Eigenthümer des abzutretenden Grundstückes zu benützenden Wasserkraft, um die Befugniß zu dienlicher Benützung der Wasserkraft, also um einen Gegenstand, der schon an sich, mag die wirkliche Benützung schon eingetreten, eingeleitet oder vorbereitet sein, oder auch nicht, einen wirklichen Werth im Sinne des §. 24 in Vergleichung mit §. 25 des Gesetzes darstellt. [4]) Daß ein solcher Werth bei einer Veräußerung geeignetenfalls als ein wirklich vorhandener wesentlich mit in Betracht und Berechnung kommt, läßt sich mit Grund nicht bezweifeln, wie in den obergerichtlichen Entscheidungsgründen durch das Beispiel eines anerkannten Bauplatzes überzeugend nachgewiesen wurde.

Vergl. hiezu Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. 16 S. 369 Nr. 224.

War daher ein Wasserrecht im angedeuteten Sinne mit dem Wiesenstück wirklich verbunden, was, wie noch zu zeigen, hier der Fall ist (der Beklagte erkaufte und bezahlte das Wasserrecht besonders), so erscheint der Kläger in dieser Hinsicht offenbar nicht beschwert.

II. Die weitere Beschwerde, daß es an der nach §. 11. der Mühlenordnung in Vergleichung mit Art. 10 des Gewerbegesetzes und §. 23 der Vollzugsverordnung zu Letzterem erforderlichen Concession zur Errichtung von jederlei Wasserwerken zur Zeit fehle, dieser Mangel aber vom Richter nicht verbessert werden könne, da hiezu nur die Verwaltungsbehörde befugt erscheine, daß mithin eine Wasserkraft, die einen wirklichen Werth darstelle, gar nicht vorhanden sei, ist ebenfalls grundlos.

In dieser Beziehung ist auf den Inhalt der vorgelegten Verwaltungsacten des großh. Bezirksamt Haßlach vom Jahr 1843/1844 hinzuweisen. Es ergibt sich hieraus, daß der Beklagte Hammerschmied Haiß schon im Jahr 1843 wegen damals von ihm beabsichtigter Errichtung eines Hammerwerkes auf seinem Grundstück am Mühlenkanal um Concession nachsuchte, und aus welchen Gründen und unter welchen Verhältnissen diese Angelegenheit sodann beruhte, ohne zu endlicher Erledigung zu gelangen. [5])

So viel steht hienach fest, daß eine bestimmte Versagung der Concession eigentlich noch gar nicht stattfand, keinesfalls eine unbedingte, und noch viel weniger eine völlige Versagung jeder Benützung der fraglichen Wasserkraft, welche Letztere auch nicht wohl Platz grei-

[3]) Man vergleiche die auf S. 61 des laufenden Jahrgangs (Bd. 34) dieser Blätter in Anmerkung 3 zu einem anderen Falle gegebene nähere Nachweisung.

[4]) Hiezu ist das oben in Note 2 Bemerkte zu vergleichen.

[5]) Das Nähere hierüber ist in dem oben angeführten Aufsatz, Band 33 der Annalen S. 356—357 mitgetheilt.

fen konnte, und mit den Grundsätzen des neuen Gewerbegesetzes in Widerspruch stehen würde.

Unter solchen Verhältnissen ist der bürgerliche Richter in die Lage gesetzt und nach richtigen Grundsätzen auch vollkommen befugt, über den Werth der Wasserkraft, wie sich dieser Werth nach der besondern Gestaltung der Umstände herausstellt, unter geeigneter Berücksichtigung aller Umstände und unter der nöthigen Beiwirkung von Sachverständigen, zu erkennen, ohne sich hiedurch eines unerlaubten Eingriffs in den Kreis der Verwaltung schuldig zu machen. [6])

Auch in dieser Hinsicht ist daher der Oberappellant nicht beschwert, da in dem Gutachten der Sachverständigen, deren Ausspruch in dieser Beziehung nicht zu beanstanden ist, auf die bezüglichen Verhältnisse allerdings Rücksicht genommen wurde (Antwort zu Frage 4 und ergänzender Nachtrag), wie das Obergericht in den Gründen zu seinem Bescheide vom 12. Dezember 1866 unter II. näher dargelegt hat.

III. Ferner beschwert sich der Oberappellant aber auch darüber, daß das fragliche Wasserrecht überhaupt als vorhanden angenommen wurde, während nach Inhalt der maaßgebenden Verträge ein Wasserrecht, und zumal ein unbeschränktes, dem Beklagten gar nicht zukomme.

[Der oberste Gerichtshof legte die betreffenden Verträge, insbesondere den entscheidenden Vertrag vom 25. November 1811, in gleicher Weise aus, wie der Appellationssenat, erkannte daher diese Beschwerde nicht für begründet. Die nähere Erörterung bleibt hier weg. [7])]

IV. Endlich ist auch die eventuelle Beschwerde des Oberappellanten wegen des Maaßes der festgesetzten Entschädigung nicht für begründet zu erkennen. Obwohl der angenommene Betrag etwas hoch gegriffen zu sein scheint, so ist doch ein genügender Grund zur Beanstandung des Ergebnisses der Begutachtung der Sachverständigen und zur Erhebung eines weiteren Gutachtens zu den bereits vorliegenden, welche durch Gründe hinlänglich unterstützt erscheinen, nicht vorhanden.

Die Sachverständigen haben für die Wasserkraft an sich 30 Pferdekräfte im Nutzwerth von je 250 fl. (450 fl. mit Abrechnung von je 200 fl. für Canalleitungskosten = 250 fl.) im Ganzen daher 7500 fl. angenommen, hievon aber in Abzug gebracht:

1) für die Berechtigung des Stadtmühlenbesitzers, nach Art. 12 des Vertrags vom 13. Mai 1842	1250 fl.,
2) für den Beitrag zur Canalunterhaltung.	330 fl.,
3) für das Floßrecht der Stadtmühle, nach Art. 13. 14 des genannten Vertrags von 1842	50 fl.,
also zusammen	1630 fl. Abzug,

wonach sich der Restbetrag von 5870 fl. ergibt.

Andere Abzüge hielten die Sachverständigen nicht für begründet, weil die bezüglichen Bestimmungen nach ihrer hier maaßgebenden kunstverständigen Ansicht von keinem erheblichen Einfluß auf den Werth der Wasserkraft erscheinen.

Die Rechtfertigung der fraglichen Schätzung findet sich im ersten Gutachten zu Frage 3. 4 und im Nachtrag zu demselben, sowie im bestätigenden Gutachten des zweiten Rechtszugs, womit das Ergebniß der Zeugenabhör und die erhobenen Mühlenwässerungsstatuten zu vergleichen sind.

Hinsichtlich des vorbehaltenen Rechts der Stadtgemeinde Haßlach zur Anlage eines weitern Teiches (§. 18 des Vertrags vom J. 1811) ist die Beschwerde nicht begründet, da die etwaige Teichanlegung blos auf den Zweck der Wässerung der Wiesen sich bezieht, die Wiesen der Stadtgemeinde Haßlach aber so hinreichend bewässert erscheinen, daß eine wirkliche Werthsverminderung wegen jenes Vorbehalts nach dem Ausspruch der Sachverständigen nicht anzunehmen ist. [8])

Ebenso ist der Oberappellant auch dadurch nicht beschwert, daß die in Art. 8 des Vertrags vom 13. Mai 1842 begründete Hinderung des Beklagten, die erworbene Wasserkraft zur Betreibung einer Mahlmühle oder Sägemühle zu verwenden, nicht

[6]) Man kann wohl beifügen, daß der Richter im Gegentheil hiedurch nur eine fast immer mehr oder weniger schwere Pflicht ausübt, der er sich nach dem Grundsatz des L.R.S. 4 gar nicht entziehen darf.

Vergl. auch Stabels Vorträge über bürgerlichen Prozeß §. 27 II. (S. 101) wegen des Rechtes und der Pflicht des Richters, unentschiedene Zwischenpunkte, die dem öffentlichen Recht angehören, mit zu beurtheilen und wegen der Grenzen dieses Rechts.

[7]) Vergl. übrigens den mehrerwähnten Aufsatz in Band 33 der Annalen S. 357 erste Note.

[8]) Die billige Bestimmung des §. 588 (sonst §. 595) der Pr.O. wegen Festsetzung des Schadensbetrages in Fällen, wo das Vorhandensein eines Schadens und die Verpflichtung zum Ersatz gewiß, der Betrag des Schadens aber aus Gründen, die in der Sache selbst liegen, durch die gewöhnlichen Beweismit-

als ein werthmindernder Umstand in Anschlag kam. Nach dem Gutachten des Sachverständigen Nußbaum erscheint nämlich dieser an sich allerdings zu beachtende besondere Umstand in Folge der wesentlichen Umgestaltung der technischen und Verkehrsverhältnisse bei der seither eingetretenen großartigen Entwicklung und Ausdehnung der Industrie nach Erbauung und Vervollständigung der Eisenbahnen nicht mehr von erheblicher Bedeutung.

Aehnlich verhält es sich auch mit der als werthmindernd geltend gemachten Beschränkung des Art. 6 des genannten Vertrags vom J. 1811. Aus den vom genannten Sachverständigen angegebenen Gründen, mit Rücksicht auf die schon erwähnten Statuten vom Jahre 1859 und die vom Bürgermeister Wölfle gegebene Auskunft über die bisherige Uebung bezüglich der Wässerung erscheint es gerechtfertigt, daß auch wegen dieser weiteren Beschränkung [9]), die sonst, obwohl auf Dritte bezüglich, allerdings in Anschlag zu bringen wäre [10]), da es sich um Ermittelung des Werthes im Allgemeinen handelt, eine wesentliche Minderung nicht angenommen wurde.

Ebenso liegt auch hinsichtlich des nach Art. 14 des Vertrags vom 13. Mai 1842 dem Mühlenbesitzer vorbehaltenen Floßrechts, das die Sachverständigen des ersten Rechtszugs aus näher dargelegten Gründen nur zu 50 fl. schätzten, eine begründete Beschwerde nicht vor und zwar um so weniger, da der mehrgenannte Sachverständige Nußbaum mit Rücksicht auf erhobene Zeugenaussagen das Floßrecht nach Sachlage sogar für ganz werthlos erklärte.

Durch das Gutachten eben dieses Sachverständigen in Verbindung mit dem erhobenen Augenschein hat sich auch genügend bestätigt, daß auf den dem Beklagten übrig bleibenden Wiesentheilen ein Wasserwerk nicht errichtet und betrieben werden kann.

Hiernach und da die Sachverständigen in allen wesentlichen Punkten ihrer Begutachtung einig waren, liegt für den Richter kein Grund vor, hievon abzugehen; es kann daher der Kläger auch hinsichtlich des Maaßes der Entschädigung nicht für beschwert erachtet werden.

Der Kostenpunkt wurde vom Untergericht, sowie vom Obergericht der Sachlage and der Billigkeit entsprechend nach der P.O. §. 169. 170. 171 und Zwangsabtretungsgesetz §. 90. 91 richtig geordnet.

Es rechtfertigt sich demnach die Bestätigung des angefochtenen Urtheils, unter Verfällung des Oberappellanten in die Kosten auch des dritten Rechtszuges.

E. Brauer.

116.

Ein Eid ist nicht dann im Sinne des §. 492 des Str.G.B. unstatthaft, wenn das Civilgericht unrichtig auf ihn erkannt hat.

Vergl. oben Ziff. 97 S. 220.

Durch Urtheil vom 7. März 1868

J. A.S.

gegen

Jakob Durst von Dittishausen,

wegen Handgelübdebruchs,

verwarf das großh. Oberhofgericht die unter Bezugnahme auf §. 373 Ziff. 7 der Str.P.O. darauf gestützte Nichtigkeitsbeschwerde, daß der Angeklagte, obgleich das von ihm abgelegte Handgelübde gesetzlich unstatthaft gewesen, nicht gemäß §. 492 des Str.G.B. für straflos erachtet worden sei, als unbegründet, indem es in den Entscheidungsgründen ausführte:

Unter einem „gesetzlich unstatthaften“ Eid im Sinne des §. 492 des Str.G.B. ist nicht jeder auf Grund eines unrichtigen Urtheils des Civilrichters geleistete Eid

---

tel gar nicht oder nur mit unverhältnißmäßigen Schwierigkeiten nachzuweisen ist, jene wichtige Vorschrift, wodurch schon im Jahr 1851 der freieren Beweiswürdigung im badischen Recht in glücklicher Weise eine Gasse gebahnt wurde, paßt in ganz vorzüglichem Grade auf die Schadensfestsetzungen in Zwangsabtretungsfällen. In solchen Fällen ist nämlich der Ersatzberechtigle, dem die Zwangsabtretung plötzlich angesonnen wird, ohne daß er vorher Anlaß und Zeit hatte, für seine oft vielfältig gefährdeten Interessen vorbereitend gehörige Sorge zu tragen, oft nicht in der Lage die erforderlichen Nachweisungen in aller Strenge vollständig liefern zu können, eine ausgleichende Billigkeit erscheint daher hier sehr am Platze, durch die jetzt geltende freiere Beweiswürdigung ist das billige Ermessen des Richters nun aber noch mehr erleichtert. Diesem Gesichtspunkt haben die hier in Frage stehenden richterlichen Entscheidungen mit Recht gebührend Rechnung getragen.

Uebrigens verdient allerdings bezüglich der Beurtheilung schon begonnener Verbesserungsanstalten auch die Rücksicht Beachtung, daß öfters solche Veranstaltungen nur zum Schein, zum Zweck der Erzielung eines höheren Preises, vorgenommen werden. Die Spekulation treibt auch hier gerne ein unredliches Spiel. Vrgl. Adoler Thiel, Expropriationsrecht und Exproviationsverfahren 1867 S. 26. 28. Französisches Gesetz vom 31. Mai 1848 Art. 52, preußischer Entwurf von 1864 §. 12.

[9]) Zu Gunsten der Allmendwiesen, die später in das Eigenthum von Privatpersonen übergegangen sind.

[10]) In der Verhandlung war dieses mit Unrecht bestritten worden.

zu verstehen, vielmehr sind unter jenem Ausdruck nur diejenigen Fälle begriffen, wo dem Schwörenden aus einem, in seiner Person liegenden Grunde — z. B. wegen Eidesunmündigkeit — ein Eid nicht auferlegt werden durfte, oder wo überhaupt die Eidesabnahme gegen ein verbietendes Gesetz verstößt.

Die Richtigkeit dieser beschränkenden Auslegung ergibt sich zweifellos aus der Entstehungsgeschichte obiger Gesetzesstelle, ebenso aber auch aus der Natur der Sache, indem sonst der Strafrichter stets die Rechtmäßigkeit der Civilurtheile einer Prüfung unterwerfen und jede Unrichtigkeit derselben bei Erlassung des Straferkenntnisses berücksichtigen müßte, was mit der Unabhängigkeit der civilrichterlichen Gewalt von der strafrichterlichen unvereinbar sein würde.

Ein Fall der vorerwähnten Art liegt nun aber hier nicht vor, da die Unstatthaftigkeit des von dem Angeklagten abgelegten Handgelübdes lediglich darans abgeleitet wird, daß der Civilrichter, in Folge unrichtiger Beurtheilung des unter den Parteien obwaltenden Rechtsverhältnisses, den Ausgang des Streits über die fragliche Forderung von der Ablegung jenes Handgelübdes abhängig gemacht nnd mit Verletzung der §§. 522. 530 der bürgerlichen Prozeßordnung die Zuschiebung desselben über nicht hinreichend bestimmte Thatsachen und dem Angeklagten fremde Handlungen zugelassen habe.

Hiernach kann die Bestimmung des §. 492 des Str.-G.B. in dem gegenwärtigen Fall keine Anwendung finden.

Red.

117.

Zusammentreffen von gemeinen Diebstählen oder Unterschlagungen oder Betrügereien oder Fälschungen von Privaturkunden aus Gewinnsucht, welche von einem Ausländer theilweise im Inland, theilweise im Ausland gegen Ausländer verübt werden.

Das großh. Oberhofgericht hat nach einer Entscheidung, welche in den Annalen XXXIII. S. 369 ff. mitgeheilt ist, sich dahin ausgesprochen, daß es als ein fortgesetztes Verbrechen nach §. 479 des Str.G.B. zu betrachten und zu behandeln ist, wenn mehrfache Fälschungen von Privaturkunden aus Gewinnsucht zusammentreffen, welche von einem Ausländer theilweise im Inland theilweise im Ausland gegen Ausländer verübt werden.

Eben dieses muß, die Richtigkeit der oberhofgerichtlichen Entscheidung vorausgesetzt, nach §. 478 und 479 des Str.G.B. auch beim Zusammentreffen derartiger mehrfacher gemeiner Diebstähle oder Unterschlagungen oder Betrügereien aus Gewinnsucht gelten.

Jener Entscheidung stehen jedoch, sowohl vom practischen als vom theoretischen Standpunkt betrachtet, sehr erhebliche Bedenken entgegegen.

Betrachten wir zuvörderst die practische Seite der oberhofgerichtlichen Entscheidung.

Es ist nicht selten der Fall, daß Ausländer, namentlich Württemberger und Schweizer nach Verübung von Diebstählen in ihrer Heimath sich in unser Land flüchten und hier wieder Diebstähle begehen, aber verhaftet werden.

Wie sollen nun derartige Fälle behandelt werden? Nach der oberhofgerichtlichen Ansicht sind alle diese Diebstähle gemäß §. 478 des Str.G.B. unter Zusammenrechnung der Beträge als fortgesetztes Verbrechen zu betrachten und zu bestrafen. Allein die Durchführung dieser Ansicht ist mit mancherlei Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten verbunden. Wird der im Auslande verübte Diebstahl von den ausländischen Gerichten vor geschlossener Untersuchung über den in unserem Lande verübten Diebstahl abgeurtheilt, so sollte nach der oberhofgerichtlichen Ansicht die Untersuchung wegen des im Inlande verübten Diebstahls der Art erledigt werden, daß zu der von dem ausländischen Gericht geschöpften Strafe nur noch eine Zusatzstrafe erkannt, oder wenn der für den in unserem Lande verübten Diebstahl verschuldete Theil der Gesammtstrafe als schon in der von den ausländischen Gerichten geschöpften Strafe enthalten anzusehen wäre, unter den Voraussetzungen der §§ 18 und 43 des Str.G.B. nur noch die Landesverweisung ausgesprochen und sonst von Erkennung einer weiteren Strafe Umgang genommen würde. In dem einen wie in dem anderen Falle müßte aber, insofern der Betrag aller Diebstähle durch die Zusammenrechnung 25 fl. übersteigt, doch die Sache zur Aburtheilung an die Strafkammer des Kreisgerichts verwiesen und von derselben Hauptverhandlung gepflogen werden, wenn auch der in unserem Lande verübte Diebstahl weniger

als 25 fl. beträgt und kein die höhere Gerichtsbarkeit begründender Erschwerungsgrund vorhanden ist, somit die Sache an und für sich vor das Amtsgericht oder selbst vor die Polizeibehörde gehören würde.

Schwieriger gestaltet sich indessen nach der oberhofgerichtlichen Ansicht die Sache, wenn die im Ausland wegen des daselbst verübten Diebstahls eingeleitete Untersuchung vor dem Schluß der Untersuchung über den in unserem Lande verübten Deibstahl noch nicht durch Urtheil erledigt ist. Und diese Fälle kommen am häufigsten vor. Soll mit der Verhandlung und Aburtheilung des bei uns verübten Diebstahls zugewartet werden, bis die Untersuchung wegen des im Ausland verübten Diebstahls von dem ausländischen Gericht durch Urtheil ihre Erledigung gefunden hat? Alsdann müßte der Ausländer unterdessen bei uns im Verhaft behalten oder an das ausländische Gericht zur Aburtheilung abgeliefert und nach erfolgter Aburtheilung wieder an unsere Gerichte zurückgeliefert werden, um die Untersuchung wegen des bei uns verübten Diebstahls durch Urtheil zu erledigen. Oder soll, ohne das Urtheil des ausländischen Gerichts abzuwarten, die Sache von unseren Gerichten abgeurtheilt werden? Alsdann müßten nach der oberhofgerichtlichen Ansicht, namentlich wenn der Angeschuldigte läugnet, die im Ausland bestohlenen Ausländer auch in die Hauptverhandlung unserer Gerichte vorgeladen werden, weil sonst nicht beurtheilt werden könnte, ob die im Ausland verübten Diebstähle bewiesen sind und mit dem bei uns verübten Diebstahle ein fortgesetztes Verbrechen bilden. Welche Strafe soll aber dann dem im Auslande gegen Ausländer verübten Diebstahle zu Grund gelegt werden, die in unserem Gesetz oder die im ausländischen Gesetz gedrohte Strafe? Ersteres könnte deßhalb nicht geschehen, weil die von Ausländern im Ausland gegen Ausländer verübten Diebstähle im Inlande straflos sind und Letzterem steht der Umstand entgegen, daß der inländische Richter nicht immer in der Lage ist, richtig beurtheilen zu können, welche Strafe nach dem ausländischen Gesetz zu erkennen wäre.

Man wird hieraus ersehen, welche Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten in der Praxis der Durchführung der oberhofgerichtlichen Ansicht im Wege stehen.

Um aus diesen Schwierigkeiten hinauszukommen, wäre es freilich am einfachsten, den Ausländer an sein heimathliches Gericht auszuliefern, von welchem nach fast allen Gesetzgebungen (mit Ausnahme von England und Nordamerika) auch die im Ausland verübten Verbrechen zu bestrafen sind. Allein in der Praxis aller civilisirten Völker steht der Grundsatz fast allgemein fest, daß auch Ausländer zum Zwecke der Bestrafung der im Inland verübten Verbrechen nicht ausgeliefert werden, sondern die inländischen Gerichte diese Verbrechen selbst abzuurtheilen haben. v. Jagemann und Brauer, Criminallexikon S. 72. Nur einzelne Kantone der Schweiz machen hievon eine Ausnahme, von welchen bisweilen sogar ihre eigenen Staatsangehörigen zum Zwecke der Bestrafung der im Ausland verübten Verbrechen an unsere Gerichte ausgeliefert werden, während die Schweizer Gerichte, namentlich wenn die Untersuchung schwierig ist und erhebliche Kosten verursacht, sich nicht selten weigern, gegen ihre Staatsangehörigen wegen der bei uns verübten Verbrechen Untersuchung einzuleiten und solche abzuurtheilen.

Einfach gestaltet sich aber auch die Sache nach der gegentheiligen Meinung, wornach die von Ausländern im Ausland gegen Ausländer verübten Diebstähle und anderen Verbrechen von den inländischen Gerichten in keiner Weise zu berücksichtigen sind. Denn hiernach kann die Untersuchung über einen von Ausländern im Inland verübten Diebstahl sofort erledigt werden und zwar, wenn der Diebstahl weniger als 25 fl. beträgt und kein die höhere Gerichtsbarkeit begründender Erschwerungsgrund vorhanden ist, vom Amtsgericht (meistentheils ohne Hauptverhandlung §. 305 der Str.-Pr.O.), beziehungsweise von der Polizeibehörde §. 477 des Str.G.B.

Daß diese letztere Meinung die praktische Zweckmäßigkeit für sich hat, wird nach dem bisher Gesagten einleuchten.

Aber auch die Theorie dürfte bei genauerer Erwägung für diese letztere Ansicht und gegen die oberhofgerichtliche Entscheidung sprechen.

Gehen wir daher zur Beurtheilung der theoretischen Seite der oberhofgerichtlichen Ansicht über.

Unter Territorialitätsprinzip versteht man in der Wissenschaft den Grundsatz, daß der Staat alle in seinem Gebiet verübten Delicte, dagegen kein außerhalb desselben begangenes Verbrechen strafen dürfe; während Berner jene Bezeichnung blos für die eine positive Seite jenes Grundsatzes gebraucht, nämlich für das Recht des Staates, alle auf seinem Territorium

verübten Verbrechen zu bestrafen. Für dieses Prinzip wird angeführt:

„Eine Strafe ist nur zulässig wegen eines Delicts. Ein Delict ist aber im positiven Rechte identisch mit Uebertretung eines Strafgesetzes. Einer solchen Uebertretung kann sich nur derjenige schuldig machen, für den das Gesetz verbindlich war, und endlich ist nur derjenige Staat berechtigt, zu strafen, dessen Gesetz es ist, was übertreten worden.

Jedem bestimmten Staate entspricht ein bestimmtes Territorium. Wo das Staatsgebiet aufhört, da ist auch sein Herrschaftsgebiet zu Ende, da hört dieser Staat selbst auf; jenseits seines Gebiets ist das Ausland; hier ist nicht nur jede Herrschaftshandlung rechtswidrig, sondern hier hat auch schon die Wirkung seiner Staatsgewalt ihre locale Grenze. Was in seinem Territorium Gesetz ist, ist es über dasselbe hinaus nicht mehr. Die Gesetze eines Staates können unmöglich eine weitere räumliche Geltung haben, als er selbst existirt."

Köstlin, System des deutschen Strafrechts §. 23 S. 28 ff.

Schwarze im Gerichtssaal von 1860 Jahrg. XII. S. 185 ff.

Bremer im Gerichtssaal von 1865 Jahrg. XVII. S. 421. 422.

Dem Territorialitätsprinzip steht das Personalitätsprinzip gegenüber, welches darin besteht, daß das Strafgesetz des Inlandes den Inländer persönlich und nicht blos territorial, nicht blos während seines Aufenthalts im Inlande verpflichtet.

Dieses Prinzip wird aber jetzt von einer Reihe der bedeutendsten Gelehrten verworfen, so von Böcking, Köstlin, Hälschner, Lewes, v. Mohl, Bar, Schwarze u. s. w.

Bremer a. a. O. S. 431.

In dieser Beziehung sind die Gesetzgebungen nach Köstlin's Ausdruck (System S. 41) ein wahrer Tummelplatz von Prinzipien.

Was nun unser Strafgesetz betrifft, so stellt es das Territorialitätsprinzip an die Spitze, indem der §. 3 besagt:

„Jeder, welcher innerhalb der Grenzen des Großherzogthums eine strafbare Handlung verübt, wird, er sei Inländer oder Ausländer nach den inländischen Strafgesetzen gerichtet."

Dieses Prinzip wurde allerdings in §. 4 hinsichtlich der Bestrafung der Inländer wegen der im Auslande verübten Verbrechen und in §. 5 in Ansehung der Bestrafung der Ausländer wegen der im Auslande gegen das Inland oder dessen Behörden oder gegen eine Person im Inland verübten Verbrechen, ferner in §. 7, hinsichtlich der Nichtauslieferung der Inländer, sowie in §. 184 in Betreff der Begründung der Rückfälle durch ausländische Urtheile verlassen; dagegen in §. 6. 8 und 9 wenigstens theilweise wieder adoptirt. Allein jene Bestimmungen sind größtentheils wie Köstlin a. a. O. S. 31. 33—35 bemerkt, fatale Ausnahmen von der Regel des Territorialitätsprinzips und exceptiones firmant regulam. So sehr sonst in dieser Lehre die Ansichten in der Doktrin und Staatspraxis aus einander gehen, so ist doch in der Wissenschaft und in den Gesetzgebungen als eine nothwendige Consequenz des Territorialitätsprizips der Grundsatz allgemein anerkannt, daß bei Verbrechen von Ausländern im Auslande gegen Ausländer verübt, nur die ausländischen, keineswegs aber die inländischen Gesetze Anwendung finden.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts §. 129 S. 215.

Häberlin, Grundsätze des Criminalrechts nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern Bd. I. S. 7 §. 6.

Dieser Grundsatz herrscht auch in unserem Strafgesetz, was sich aus den Bestimmungen in §. 1. 3. 5. 6. des Str.G.B. unbestreitbar ergibt und v. Jagemann in den Beiträgen zur Erläuterung der neuen badischen Strafgesetzgebung Bd. I. S. 288 ausdrücklich anerkennt.

An diesem Grundsatze hat das Strafgesetz in §. 180 181. 478 und 479 nichts geändert und wollte es offenbar nichts ändern.

Denn wenn diese Gesetzesstellen vorschreiben, daß mehrfache Uebertretungen des nämlichen Strafgesetzes durch Handlungen, welche zusammen als Ausführung des nämlichen auf ein bestimmtes Verbrechen gerichteten Entschlusses erscheinen und ebenso mehrfache Uebertretungen des nämlichen Strafgesetzes, welche als Folgen der nämlichen fahrlässigen Handlungen zu betrachten sind, sowie mehrfache gemeine Diebstähle, Unterschlagungen, Betrügereien und Fälschungen von Privaturkunden aus Gewinnsucht, welche unter sich zusammentreffen, als

Bestandtheile oder Fortsetzungen einer und derselben That anzusehen und unter Zusammenrechnung der Beträge als ein einziges (fortgesetztes) Verbrechen zu bestrafen sind; so wird dabei selbstverständlich vorausgesetzt, daß alle Erfordernisse zur Strafbarkeit der einzelnen Handlungen und zur Anwendung des inländischen Strafgesetzes auf dieselben vorhanden sind.

Es wird also in Gemäßheit des §. 1 des Str.G.B. namentlich vorausgesetzt, daß auf die einzelnen Handlungen die Herrschaft des inländischen Strafgesetzes sich erstreckt, daß also die Handlungen entweder von einem Inländer oder Ausländer innerhalb der Grenzen des Großherzogthums (§. 3) oder von einem Inländer im Auslande (§. 4) oder von einem Ausländer im Auslande gegen das Inland oder dessen Behörden oder gegen eine Person im Inland (§. 5) verübt worden sind.

Fehlt es bei der einen oder anderen Handlung an dieser Voraussetzung, sind einzelne Handlungen von einem Ausländer im Auslande gegen Ausländer verübt, so findet hierauf das inländische Strafgesetz schlechterdings keine Anwendung und können diese Handlungen von den inländischen Gerichten ebensowenig bestraft und rechtlich berücksichtigt werden, als wenn einzelne Handlungen eines fortgesetzten Verbrechens im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit verübt worden oder verjährt sind. Man darf nicht, wie vom großh. Oberhofgericht geschehen, die Bestimmungen über die Fortsetzung eines Verbrechens von den übrigen allgemeinen Vorschriften des Strafrechts trennen, sondern man muß sie mit einander in Verbindung bringen, sonst kommt man freilich zu dem seltsamen Ergebniß, daß bei uns alle auch im Ausland verübten Verbrechen ohne Ausnahme nach unseren Gesetzen zu beurtheilen wären.

Einer der ersten Criminalisten Deutschlands, Staatsrath und Professor v. Wächter in Leipzig, hat in Goltdammers Archiv für preußisches Strafrecht Band VIII. S. 1 ff. vortrefflich ausgeführt, daß bei fortgesetzten Verbrechen, z. B. beim fortgesetzten Diebstahl oder fortgesetzten Ehebruch oder bei fortgesetzter Unzucht, die verschiedenen Gliederungen, aus denen das fortgesetzte Verbrechen zusammengesetzt ist, und deren jede an sich ein vollständiges Verbrechen bildet, unter verschiedene rechtliche Einflüsse fallen können und dann jede nach dem rechtlichen Einfluß zu beurtheilen ist, unter den sie fällt. Daraus folgt, daß wenn z. B. Jemand in der Vergangenheit in fortgesetzter That Handlungen verübt hat, die nach dem Gesetz der Vergangenheit straflos sind und er in der Gegenwart unter der Herrschaft des neuen Gesetzes, das solche Handlungen für strafbar erklärt, dieselben fortsetzt, der Richter jenen Handlungen, die in die Vergangenheit fallen, gar kein auf die Strafe einflußreiches Moment beilegen darf, sie vielmehr als straflos behandeln muß und das härtere Gesetz der Gegenwart blos auf das anwenden darf, was in der Gegenwart geschah. Ebenso führt die Consequenz dahin, daß die einzelnen Akte, in welchen ein Verbrechen fortgesetzt wird, durch die Verjährung getrennt werden müssen, sobald ein Theil dieser Akte, jenseits der Verjährung liegt, daß daher diese letzteren der gerichtlichen Beurtheilung und Bestrafung entzogen sind.

Mit der Ausführung des Staatsraths v. Wächter sind auch Goltdammer a. a. O. S. 23 ff., Schwarze a. a. O. S. 343 ff. und Hälschner a. a. O. S. 441 ff. einverstanden.

Nur insofern sind diese Schriftsteller anderer Ansicht als v. Wächter, als sie diese Grundsätze auf die sog. fortdauernden Verbrechen, z. B. auf die Entführung, mehrfache Ehe, widerrechtliche Gefangenhaltung nicht für anwendbar erachten.

Diese Unterscheidung ist es nun, welche vom großh. Oberhofgericht in der oben angeführten Entscheidung und in dem Aufsatze in den Annalen XXXIII. S. 369 ff. gänzlich außer Acht gelassen worden ist.

Ist die Ausführung v. Wächters hinsichtlich der fortgesetzten Verbrechen richtig, so führt die Consequenz ferner dahin, daß beim Zusammentreffen von gemeinen Diebstählen u. s. w., welche von einem Ausländer theilweise im Inland, theilweise im Ausland gegen Ausländer verübt worden, der inländische Richter die letzterwähnten Diebstähle schlechterdings nicht berücksichtigen darf.

Wenn in den Annalen XXXIII. S. 375 Note 7 behauptet wird, daß in einem solchen Falle die inländischen Gerichte nicht nur für die im Inland, sondern auch für die im Ausland gegen Ausländer verübten Verbrechen zur Untersuchung und Aburtheilung befugt wären, so steht diese Behauptung nicht nur, wie bereits gezeigt, mit der Doktrin, sondern auch mit der Praxis aller civi-

lisirten Länder im Widerspruch. Es sind mir schon sehr viele Untersuchungen der Gerichte von Oesterreich, Preußen, Bayern, Württemberg und der Schweiz gegen badische Staatsangehörige zu Gesicht gekommen, welche in diesen Ländern und in unserem Lande zusammentreffende Diebstähle verübt hatten. Alle diese Gerichte haben sich jedoch nur hinsichtlich der in ihren Ländern, nicht aber auch hinsichtlich der in Baden verübten Diebstähle der Untersuchung und Aburtheilung unterzogen und letztere den badischen Gerichten überlassen, gewiß mit vollem Recht. Denn es versteht sich von selbst und bedarf keiner weiteren Ausführung, daß die Gerichte nur dann zuständig, relativ competent sind, wenn und insofern ihnen in der betreffenden Sache überhaupt die Gerichtsbarkeit (auch materielle Competenz genannt) zusteht. Fehlt es, wie dieses bei den Verbrechen der Ausländer, im Auslande gegen Ausländer verübt, der Fall ist, an der Gerichtsbarkeit der inländischen Gerichte, so kann natürlich von einer Zuständigkeit oder Competenz derselben auch keine Rede sein. Man vermag daher nicht einzusehen, wie man sich zur Begründung jener Behauptung auf §. 9 und 11 der Str.P.O. berufen konnte.

Wenn endlich in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen gesagt ist, daß eine andere Auslegung des Gesetzes zu dem vom Gesetzgeber sicher nicht gewollten, dem obersten Prinzip der Gerechtigkeit widersprechenden, Ergebnisse führen würde, daß in jenem Falle der Angeklagte aus dem Grunde, weil er ein Ausländer ist, härter bestraft werden müßte, als wenn er ein Staatsangehöriger wäre; so beruht dieses auf einer Mißkennung des Wesens und des Begriffs der juristischen Gerechtigkeit.

Unter Recht und Gerechtigkeit versteht man in der juristischen Welt die Uebereinstimmung mit den Rechtsnormen und dem Gesetz. Was gesetzlich ist, was dem Gesetze entspricht, das ist auch gerecht.

Welker, Staatslexikon Bd. VI. S. 375 ff.

So wenig es dem Prinzip der Gerechtigkeit widerstreitet, wenn beim Zusammentreffen eines gefährlichen Diebstahls mit einem gemeinen Diebstahl oder bei dem Zusammentreffen von Fälschungen öffentlicher Urkunden mit Fälschungen von Privaturkunden die Beträge nicht zusammengerechnet werden, da hiefür das Gesetz die Fiktion eines fortgesetzten Verbrechens nicht statuirt hat; ebensowenig steht es mit dem Prinzip der Gerechtigkeit im Widerspruch, wenn beim Zusammentreffen von gemeinen Diebstählen u. s. w., welche von einem Ausländer theilweise im Inland, theilweise im Ausland gegen Ausländer verübt wurden, die Beträge nicht zusammengerechnet und die letzterwähnten Diebstähle von den inländischen Gerichten in keinerlei Weise, also weder zum Vortheil noch zum Nachtheil des Angeschuldigten berücksichtiget wurden.

Denn es beruht dieses auf einem der obersten Grundsätze des Strafrechts, es entspricht also auch dem Prinzip der Gerechtigkeit.

Aus diesen Gründen gelangt man zu dem Resultat, daß der Eingangs angeführten oberhofgerichtlichen Entscheidung die Doktrin ebensowenig als die practische Zweckmäßigkeit zur Seite steht, daß dagegen die gegentheilige Meinung beides für sich hat.

Haager.

118.

Gegen ein die Gant zur Handelsgant erklärendes und den Ausbruch des Zahlungsunvermögens rückdatirendes Erkenntniß ist Appellation zulässig.

L.R.A.S. 208 Pr.O. §§. 713. 714. 731. 836. 1102.

Eisenbahnbauunternehmer sind nicht als Kaufleute zu betrachten.

Allgem. deutsches Handelsgesetzbuch Art. 4. 271. 272. 275.

Diese beiden Sätze wurden J. S. mehrerer Gläubiger gegen v. Binzer und Elert vom großh. Oberhofgerichte angenommen. Sie liegen dem oberhofgerichtlichen Erkenntnisse vom 16. Juni l. J. zu Grunde. Wir lassen die diesem Erkenntnisse beigegebenen

Entscheidungsgründe

hier folgen. Sie lauten:

Die Eisenbahnbauunternehmer Friedrich v. Binzer von Klosterwald in Sigmaringen und Hugo Elert von Berlin sahen sich, während sie mit der Herstellung umfassender Erdarbeiten für den Bahnhof zu Mannheim und des Bahnkörpers der württembergischen Enzbahn beschäftigt waren, genöthigt, bei Gericht ihre Zahlungsunfähigkeit anzuzeigen.

Sie thaten dies am 14. Oktober 1867 bei dem großh.

Amtsgerichte Pforzheim, welches sofort ein Ganterkenntniß erließ, hiebei „die Erklärung der Gant als Handelsgant, beziehungsweise das Erkenntniß bezüglich der Feststellung des Tags des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens vorbehielt,“ mit Erkenntniß vom 21. Dezember 1867 aber aussprach, daß die fragliche Gant als Handelsgant erklärt, demgemäß unter Berichtigung des Ganterkenntnisses vom 14. Oktober 1867 die Gant über das Vermögen der Handelsgesellschaft v. Binzer und Elert, sowie über das Privatvermögen des Friedrich von Binzer und Hugo Elert eröffnet und als Tag des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens der 17. April 1867 festgesetzt werde.“ Auf die hiegegen von den Gantgläubigern Gebrüder Sulzbach zu Frankfurt a./M. ergriffene Appellation änderte der Appellationssenat des großh. Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe unter dem 19. Februar l. J. das gantrichterliche Erkenntniß vom 21. Dezember v. J. ab, indem er aussprach, „daß die Gant als gemeine (nicht Handels-) Gant und das Zahlungsunvermögen als erst mit der Verkündung des Ganterkenntnisses an die Gantschuldner ausgebrochen zu erklären sei.“ Dieses Erkenntniß wurde Seitens der Vertreter der Gantmasse im Wege der Oberberufung angefochten.

Zur Rechtfertigung der Oberberufung wurde zunächst geltend gemacht, daß die Appellation gegen das gantrichterliche Erkenntniß vom 21. Dezember 1867 nach Pr.O. §. 1102 als unzuläßig erscheine, da dieses Erkenntniß einen Streitgegenstand weder zuerkenne noch absprache, vielmehr nur, ohne irgend eine materielle Folge hieran zu knüpfen, vorläufig allgemeinhin ausspreche, es sei die Gant als Handelsgant zu betrachten und damit das für Ganten der letztern Art vorgeschriebene Verfahren für maaßgebend zu erklären. Diese Auffassung ist jedoch unbegründet und die Zuläßigkeit der Appellation nicht zu beanstanden. Erwägt man nämlich, daß nach §. 836 der Pr.O. die Bestimmungen der bürgerlichen Pr.O. über das Gantverfahren auch für Ganten der Handelsleute gelten, insoweit ihnen nicht abweichende Bestimmungen des Handelsrechts entgegenstehen (vergl. Pr.O. §. 731) und bringt man daraufhin den §. 713 der Pr.O., dem zufolge die Eröffnung der Gant durch ein richterliches Erkenntniß ausgesprochen wird, mit dem L.R.A.S. 208, wonach das Gericht den Ausbruch des Zahlungsunvermögens der Handelsleute erklärt und zugleich bestimmt, wonach dieser Ausbruch gerechnet werden solle, in Verbindung, so zeigt sich, daß Erkenntnisse, wie das hier in Frage stehende, als Bestandtheile des Ganterkenntnisses des §. 713 der Pr.O. zu betrachten sind, und ist demgemäß die Bestimmung des §. 714 der Pr.O., welche Rechtsmittel gegen das Ganterkenntniß des §. 713 zuläßt, auch auf sie zu beziehen.

Die Rechtsübung der badischen Gerichte hat die Zuläßigkeit der Berufung gegen Erkenntnisse der fraglichen Art auch stets anerkannt. *)

Der Hauptgrund, welcher zur Rechtfertigung der Oberberufung geltend gemacht wird, liegt in der Anschauung, daß die beiden Gemeinschuldner als Kaufleute zu betrachten seien, daß demnach die Gant als Handelsgant sich darstelle, die Feststellung des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens auf den 17. April v. J. aber durch den an diesem Tage erfolgten Abschluß eines Kauf- und Miethvertrages über zum Geschäftsbetriebe unentbehrliche Geräthschaften im Werthe von 78,000 fl. genügend begründet werde (L.R.A.S. 208).

Es ist indessen die Frage, ob die Gemeinschuldner als Kaufleute im Sinne des Gesetzes zu betrachten seien, zu verneinen und damit gemäß Art. 9 des Einführungsgesetzes zum allg. deutschen Handelsgesetzbuche die Anwendbarkeit des L.R.A.S. 208, auf welchen sich das gantrichterliche Erkenntniß vom 21. Dezember v. J. stützt, beseitigt, folglich die Bestätigung des appellationsgerichtlichen Urtheils begründet.

Nach Art. 4 des allg. d. Handelsgesetzbuchs ist als Kaufmann im Sinne eben dieses Gesetzbuchs anzusehen, „wer gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt.“ Die Geschäfte, welche das Gesetz für Handelsgeschäfte erachtet, sind in den Artikeln 271. 272 aufgezählt. Der oberappellantische Theil will nun die Ziffern 1 und 2 des Art. 271 des allg. d. Handelsgesetzbuchs und die Ziff. 1 des Art. 272 dieses Gesetzbuchs auf den Geschäftsbetrieb der Gemeinschuldner angewendet wissen. Ein Blick auf den Gesammtinhalt der eben angeführten Artikel 271. 272 zeigt, daß von einer Anwendung der Ziff. 3 und 4 des Art 271, sowie der Ziffern 2—5 des Art. 272 schlechthin nicht die Rede könnte. Aber auch die Gesetzesstellen, welche man oberappellantischer Seits als anwendbar darzustellen sucht, sind dies in Wirklichkeit nicht. Die Ziff. 1 des Art. 271 erklärt als Handelsge-

*) Stempf, Gantverfahren S. 47.
Oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. VIII. S. 82 Note IX. S. 215. XII. S. 327.

schäft „den Kauf oder die anderweite Anschaffung von Waaren oder andern beweglichen Sachen, von Staatspapieren, Aktien oder anderen für den Handelsverkehr bestimmten Werthpapieren, um dieselben weiter zu veräußern," indem sie beifügt, „es mache keinen Unterschied, ob die Waaren oder anderen beweglichen Sachen in Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung veräußert werden sollen." Eisenbahnbauunternehmungen, wie sie hier in Frage stehen, werden nun allerdings mittelst Beischaffung von Arbeitskräften, Arbeitsgeräthschaften, sowie von Baumaterial betrieben; allein es geschieht die Anschaffung der Arbeitsgeräthschaften und des Baumateriales — Arbeitskräfte können ohnehin in keiner Weise unter den Begriff des Art. 271 Ziff. 1 gebracht werden — bei solchen Unternehmungen nicht, um diese Gegenstände, wie doch die fragliche Gesetzesstelle offenbar voraussetzt, weiter zu veräußern. Das Baumaterial soll nicht in beweglichem Zustand weiter veräußert werden, ist vielmehr zur Herstellung einer unbeweglichen Sache, des Bahnkörpers, bestimmt. Die Arbeitsgeräthschaften werden nicht angeschafft, um weiter veräußert zu werden, sondern um die Arbeiten zu ermöglichen oder zu erleichtern. Aus ähnlichen Gründen, aus welchen der eben besprochenen Ziff. 1 des Art. 271 die Anwendung zu versagen ist, muß dies auch der Ziff. 2 gegenüber geschehen. Sie führt unter der Reihe der Handelsgeschäfte „die Uebernahme einer Lieferung von Gegenständen der unter Ziff. 1 bezeichneten Art, welche der Uebernehmer zu diesem Zwecke anschafft" auf. Nun aber soll hier kein Baumaterial als solches geliefert, sondern unter Verwendung dieses Materials ein unbewegliches Bauwerk geschaffen werden. Noch weniger kann selbstverständlich von einer Lieferung der Arbeitsgeräthschaften die Rede sein. Art. 272 Ziff. 1 des allgemeinen deutschen H.G.B. will die gewerbsmäßig betriebene „Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere, wenn der Gewerbsbetrieb des Uebernehmers über den des Handwerks hinausgeht," als Handelsgeschäft betrachtet wissen. Auch diese Gesetzesstelle ist indessen hier unanwendbar, da es sich bei einem Eisenbahnbauunternehmer offenbar nicht um die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen, sondern um die Uebernahme der Herstellung einer unbeweglichen Sache handelt.

Es genügt zur Rechtfertigung der dem diesseitigen Urtheile zu Grunde liegenden Rechtsanschauung, daß, wie dargelegt wurde, die Gesetze, welche sich mit Aufzählung der Handelsgeschäfte befassen, keine Bestimmung enthalten, welche die in Frage stehenden Bauunternehmungen zu Handelsgeschäften zu stempeln geeignet wären, und es bedarf daher der Heranziehung des Art. 275 des a. d. H.G.B. nicht, der, wenn er verfügt, daß „Verträge über unbewegliche Sachen, keine Handelsgeschäfte seien," allerdings Verhältnisse anderer Art, als sie hier vorliegen, im Auge zu haben scheint.

Aus dem großen Umfange des Geschäftsbetriebes der Gemeinschuldner, sowie daraus, daß dieser Geschäftsbetrieb ein gewerbsmäßiger gewesen, daß er sich der im Handel üblichen Formen bedient habe, kann bei dem in dem Vorhergehenden entwickelten Stande unserer Gesetzgebung zu Gunsten der oberappellirenden Gantmasse nichts abgeleitet werden. Der Richter ist, zumal da die Handelsgesetzgebung dem gemeinen bürgerlichen Rechte gegenüber eine Ausnahmestellung einnimmt, sicherlich nicht befugt, die gesetzlichen Bestimmungen, welche feststellen, was Handelsgeschäft sei, ausdehnend auszulegen, und anzuwenden, damit aber Geschäfte, welche in der einen oder andern Beziehung Handelsgeschäften ähnlich sind, als solche zu behandeln.

Eine nicht unerhebliche Bestätigung findet die bisher begründete Rechtsansicht darin, daß der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten, welchen, wie bekannt, die Commission für Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches zur Grundlage ihrer Arbeiten nahm, in seinem Art. 2 neben Bestimmungen, welche den Artikeln 271 Ziff. 1 und 2, 272 Ziff. 1 des a. d. H.G.B. entsprechen, auch eine Bestimmung enthielt, wonach Derjenige als Kaufmann angesehen werden soll, welcher „gewerbsmäßig Bauten unternimmt," daß aber diese letztere Bestimmung bereits in dem auf Grund der von der Commission vorgenommenen ersten Lesung ausgearbeiteten Entwurfs nicht mehr vorkommt, während die Protocolle der Commission Anhaltspunkte dafür geben, daß man gewisse im Art. 2 des preußischen Entwurfs genannte Cathegorieen um deßwillen hinweggelassen habe, weil sich Bedenken kundgegeben hätten, die in diesen Cathegorieen Genannten als Kaufleute zu betrachten. (Protocolle der Commission, herausgegeben von Lutz, Thl. II. S. 535. 536).*)

---

*) Die hier von dem großh. Oberhofgerichte entschiedene Frage, ob Bauunternehmer als Kaufleute zu betrachten seien, ist sowohl

Aus diesen Gründen, sowie nach P.O. §. 170 wegen der Kosten mußte, wie geschehen, erkannt werden.

Roßhirt.

119.

1) Wenn bei der Fälschung die gewinnsüchtige Absicht sich nicht darauf beschränkt, durch widerrechtliche Mittel sich Geld zu verschaffen, sondern auch weitere betrügerische Kunstgriffe zu dem Zweck angewendet werden, das durch Betrug erworbene Geld ohne Gefahr der Entdeckung behalten zu können, so ist die betrügerische Handlung nicht schon mit der Erhebung des Geldes, sondern erst mit der Verdeckung dieser Erhebung vollendet, und geschieht auch die zu letzterem Zwecke unternommene Handlung noch in gewinnsüchtiger Absicht.

Vergl. Annalen XXV. 257.
XXIX. 191.
Magazin IV. 83 und
Oppenhoff, pr. Str.G.B. §. 56 No. 4, 5. 15. 17, §. 105 No. 36, §. 186 No. 16, §. 247 No. 14, §. 325 No. 4, §. 327 No. 1.

2) Eisenbahnfrachtkarten sind Urkunden im Sinne des §. 423 des Str.G.B.

3) Bei Anwendung des §. 459 des Str.G.B. besteht darüber kein Streit mehr, daß auf die Art und Weise, wie der Angeschuldigte in den Besitz der Urkunde kam, ob durch Entwendung oder auf rechtliche Weise, nichts ankommt.

Bad. Jahrb. I. 447 (472. Anm.).
Annalen XXII. 289.
XXIV. 33. 198.
XXXI. 305.
(Hefter, Strafrecht §. 23.
Berner, Strafrecht §. 136 S. 244 No. 2.
Köstlin, System §. 25 S. 59 No. 2),

gegen

Jahrb. n. F. XIII. 377.
Annalen XXII. 289 Note.
XXIV. 197.

J. A.S.
gegen
Emil Römer von Heidelberg,
wegen Fälschung, Unterschlagung, Urkundenunterdrückung und Amtsmißbrauchs.

I. Der Angeklagte, welcher in seiner Eigenschaft als Güterexpeditionsgehülfe bei großh. Eisenbahnamte Heidelberg vom 10. auf den 11. Januar 1865 Nachtdienst hatte, benützte diesen Umstand, um einen von den Gebr. M. und Ph. Baumgarten von Odenkirchen ausgestellten Frachtbrief, der mit einem Ballot Waaren mittelst der Eisenbahn zu Heidelberg angekommen war und worauf eine Nachnahme nicht gehaftet hat, zu sich zu nehmen, schrieb statt dessen einen andern Frachtbrief, worin er selbst als der Versender des fraglichen Waa-

---

auf dem Gebiete des französischen Rechtes, als auf dem Boden des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs controvers. In Frankreich neigt sich die Praxis der Bejahung der Frage zu, obwohl es nicht an Solchen fehlt, die der andern Meinung huldigen. Für die Bejahung wird häufig im einzelnen Falle geltend gemacht, daß der Bauunternehmer das Material geliefert habe. Die Gegner dieser Ansicht stützen sich insbesondere darauf, daß der Entwurf des Code de commerce (Art. 633) die „entreprise de construction" ohne Beschränkung als acte de commerce bezeichnet habe, während das Gesetz selbst nur sage (Art. 633): „La loi répute pareillement actes de commerce — toute entreprise de construction, et tous achats, ventes et reventes de bâtimens pour la navigation intérieure et extérieure," damit also die allgemeinere Bestimmung des Entwurfs beseitigt habe. S. Sirey, Recueil 1842 II. 480 (Zusammenstellung der bis dahin ergangenen Sprüche), 1843 I. 85 (einziger Spruch des Cassationshofs über die Frage — bejahend), 1843 II. 491, 1845 II. 213, 1851 II. 637, 1856 II. 624, 1859 II. 159. Dalloz, Répert. t. II. s. v. Acte de commerce nro. 203 sqq. t. VIII. s. v. Commerçant nro. 55. Auf dem Boden des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs entscheidet man sich — wenigstens da, wo sich nicht, wie auf dem linken Rheinufer französ. Anschauungen geltend machen — mehr für die Verneinung der Frage. Für sie ist Goldschmidt, Handelsrecht I. S. 514 (welcher freilich im Gegensatze zu den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen vorzugsweise Gewicht auf Art. 275 legt), ferner Hahn, Com. II. S. 45 wenigstens für den Fall, daß die Leistung des Bauherrn eine einheitliche ist, daß mithin nicht eine Reihe einzelner Verträge über einzelne Leistungen und Sachen vorliege (diese Unterscheidung dürfte indessen keinen Beifall verdienen). S. auch Goldschmidt's Zeitsch. VI. S. 552. 553, VII. S. 498. 499, VIII. S. 632, IX. S. 20. Busch, Arch. II. S. 151, III. S. 361. Anschütz und Völdendorff, Comment. 1. Heft S. 42. Scheffer und Groß, Repertorium S. 14 oben, S. 286 (in diesen Schriften finden sich Entscheidungen für die eine und andere Ansicht).

D. C.

renballots sich unterzeichnet hatte, erhob auf diesen Frachtbrief am 11. Januar beim Schalterbeamten Neureuther eine Nachnahme im Betrage von 7 fl. 30 kr., beseitigte sodann, nachdem durch den Güterexpeditionsgehilfen Waidler der Eintrag des vom Angeklagten gefertigten Frachtbriefs geschäftsordnungsmäßig in die betreffende Frachtkarte erfolgt und von dieser Frachtkarte auf mechanischem Wege eine Kopie genommen war, den von ihm gefertigten Frachtbrief, legte an dessen Stelle den von den Gebr. Baumgarten ausgestellten Frachtbrief in die Frachtkarte und durchstrich die auf dieser Karte durch die bisher bemerkten Manipulationen bewirkten unrichtigen Theile des Eintrags, wonach er selbst als Versender des Ballots und dieses mit 7 fl. 30 kr. Nachnahme belastet erschien, worauf das Ballot an den Empfänger gelangte, ohne daß dieser die von dem Angeklagten erhobene Nachnahme der Eisenbahnkasse zu ersetzen hatte.

II. Der Angeklagte hatte ferner die Frachtkarte von Basel nach Heidelberg Nr. 8 vom 11. Januar 1865 an sich genommen, die der Empfangsstation zur Erhebung zugewiesenen Gebühren im Betrage von 70 fl. 52 kr. (bestehend aus Fracht, Nachnahme und Nachnahmsprovision) erhoben, für sich verwendet und die Frachtkarte zur Verdeckung der Erhebung zurückbehalten.

Wegen der unter I. und II. bezeichneten Handlungen wurde der Angeklagte von der Strafkammer Heidelberg der zum Nachtheil des großh. Eisenbahnfiskus und mit Mißbrauch seines Amtes begangenen Fälschung einer Privaturkunde*) aus Gewinnsucht der Unterschlagung und der in fortgesetzter That verübten Unterdrückung zweier Urkunden aus Gewinnsucht für schuldig erklärt und deßhalb in eine Kreisgefängnißstrafe von 7 Monaten, in eine Geldstrafe von 10 fl. oder im Falle ihrer Unbeibringlichkeit in eine weitere Kreisgefängnißstrafe von einer Woche, ferner zur Dienstentlassung und in die Kosten verurtheilt.**)

Die Strafkammer hatte in dem Gebrauch des formell ächten, aber seinem Inhalte nach unwahren Frachtbriefs zum Zwecke des Betrugs, nämlich zur Erlangung der Nachnahme von 7 fl. 30 kr. nur das Verbrechen des Betrugs und nicht das der Fälschung, jedoch in dem Umstande, daß der Angeklagte später einzelne Theile der Frachtkarte durchstrichen hat, eine Fälschung aus Gewinnsucht gefunden.

Der Angeklagte führte gegen das Urtheil die Nichtigkeitsbeschwerde aus, weil nicht die Fälschung einer Privaturkunde aus Gewinnsucht, sondern nur das Verbrechen des Betrugs vorliege, weil ferner die Strafverfolgung wegen der unter I. und II. bezeichneten Handlungen auf Anzeige des großh. Eisenbahnfiscus erfolgt sei, während nicht dieser, sondern Güterexpeditor Aal der Beschädigte sei, welcher die Einleitung einer Untersuchung nicht verlangt habe.

Allein das grßh. Oberhofgericht erkannte durch Urtheil vom 29. September 1866:

> Die von dem Angeklagten gegen das Urtheil des großh. Kreisgerichts Heidelberg, Strafkammer vom 29. Juni d. J., Nr. 3918, ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde sei, unter Verfällung des Beschwerdeführers in die dadurch veranlaßten Kosten, als unbegründet zu verwerfen.

Entscheidungsgründe.

Soweit sich dagegen beschwert wird, daß der Angeklagte der Fälschung einer Privaturkunde aus Gewinnsucht für schuldig erklärt worden ist, während nur das Verbrechen des Betrugs vorliege, stellt sich die Beschwerde um deßwillen als unbegründet dar, weil die vom Angeklagten zur Gewinnung der 7 fl. 30 kr. vorgenommenen Handlungen, wie sie als das Produkt eines einzigen verbrecherischen Entschlusses zu betrachten sind, auch nur als eine einzige in fortgesetzter That ausgeführte Handlung erscheinen, jedem einzelnen Abschnitt dieser Gesammthandlung aber im Allgemeinen eine gewinnsüchtige Absicht bezüglich des nämlichen, wenn gleich nur einmal erlangten, Geldvortheils im Betrage von 7 fl. 30 kr. zu Grunde liegt. Wie bei dem Gebrauche des selbstgefertigten Frachtbriefes die Absicht, den Besitz der 7 fl. 30 kr. zu erlangen, speziell hervortritt, so dauerte diese Absicht bei Vornahme der Verfälschung der Frachtkarte in der besondern Richtung fort, hiedurch den großh. Eisenbahnfiskus zu einer ihn beschädigenden Unterlassungshandlung zu verleiten, indem die durch jene unrechte That entstandenen Ersatzansprüche des großh. Eisenbahnfiskus beseitigt und demzufolge bewirkt werden sollte, dem

*) Vergl. Annalen XXXII. S. 236.

**) Der Verweisungsantrag hatte auf Betrug aus Gewinnsucht und Fälschung einer Privaturkunde aus Gewinnsucht, der Verweisungsbeschluß aber auf Betrug aus Gewinnsucht und auf Fälschung einer Privaturkunde zur Beschädigung ohne Gewinnsucht gelautet.

Angeklagten den Besitz der durch ein Täuschungsmittel bereits erlangten Summe durch den Gebrauch eines weitern in einer verfälschten Urkunde bestehenden Täuschungsmittels bleibend zu sichern, was ebenfalls unter den Begriff eines unrechtmäßigen Gewinnes fällt und wodurch die beschlossene Gesammthandlung nach der ursprünglichen Intention des Angeklagten erst zum Abschluß gelangt ist.

Die Frachtkarte, deren Verfälschung als Mittel hiezu dienen sollte, ist aber allerdings eine Urkunde im Sinne des §. 423 des Str.G.B.; die hier besonders bezeichneten Urkunden, welche „zur Begründung oder Entkräftung von Rechtsansprüchen" dienen, sind nur als vorzugsweise geeignete Täuschungsmittel aufgeführt, dadurch ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß nicht auch durch den Gebrauch von Urkunden anderen Inhalts das Verbrechen der Urkundenfälschung verübt werden kann, was sich aus der Fassung des §. 423 und aus Aschbach's Commissionsbericht (Thilo S. 366) ergibt. Zudem dienen die Frachtkarten den Eisenbahnämtern nicht ausschließlich zur Controle der Ordnung des Verkehrs, sondern bilden nach ihrem Zwecke unter Umständen auch ein Beweismittel zwischen dem Versender und der die Versendung vermittelnden Eisenbahnbehörde.

Gleich verwerflich ist der Beschwerdepunkt, daß die Strafverfolgung auf Anzeige des großh. Eisenbahnfiskus geschehen sei, während nicht dieser der Beschädigte sei, sondern Güterexpeditor Aal, welcher die Einleitung einer Untersuchung nicht verlangt habe. Bezüglich der Urkundenfälschung war nämlich eine Anzeige des Beschädigten nicht erforderlich, die gerichtliche Verfolgung dieses Verbrechens vielmehr von Amtswegen einzuleiten. Hinsichtlich der Unterschlagung ist aber der großh. Fiskus, auf dessen Anzeige die Untersuchung eingeleitet wurde, der durch das Verbrechen unmittelbar Beschädigte, da er der Eigenthümer der benachtheiligten Güterexpeditionskasse ist, dagegen Aal nur der Beamte war, welcher die Kasse Namens des Fiscus zu verwalten und deren Beträge seinem Dienstherrn zu verrechnen oder abzuliefern hatte. Hieran vermag der Umstand, daß Güterexpeditor Aal vermöge seines Dienstvertrags dem Fiskus für den von seinen Gehülfen verursachten Schaden zu haften hat, keinen Unterschied zu begründen; er enthält vielmehr eine Bestätigung dafür, daß der durch das Verbrechen des Angeklagten verursachte Schaden zunächst den großh. Fiskus getroffen hat, indem die vertragsmäßige Bestellung des ihm regressorisch verpflichteten Güterexpeditors Aal nur die Wirkung hat, daß der Schaden, welchen der großh. Fiscus erlitten hatte, demselben von Aal wieder ersetzt werden mußte.

Endlich erscheint auch die Beschwerde, daß der Angeklagte der Unterdrückung zweier Urkunden für schuldig erklärt wurde, während er die fraglichen Urkunden sich erst verschaffen mußte, als hinfällig. Nachdem er nämlich sich die Urkunden auf rechtswidrige Weise verschafft hatte, war er jedenfalls civilrechtlich verbunden, sie dem rechtmäßigen Besitzer herauszugeben. Wenn er nun — wie er im vorliegenden Falle gethan — statt dessen die Urkunden unterdrückt hat, so liegt, ganz abgesehen von der vorausgegangenen unrechtmäßigen Zueignung der Urkunden, in dieser nachfolgenden Handlung für sich der volle Thatbestand des in §. 459 des Str.G.B. bezeichneten Verbrechens, daher darin, daß die Strafkammer auf das weiter hinzugetretene strafbare Moment der vorausgegangen Entwendung der Urkunden kein besonderes Gewicht gelegt, sondern auf die That lediglich den §. 459 angewendet hat, eine unrichtige Anwendung des Gesetzes zum Nachtheile des Verurtheilten nicht enthalten ist. Red.

120.

Zur Auslegung des §. 387 der Str.P.O.

Die Fassung des obigen Paragraphen bietet zu Zweifeln Anlaß, deren Lösung bei der häufigen Anwendung desselben für die Praxis wichtig ist. Der Rekurs soll regelmäßig ausgeschlossen sein bei polizeilichen Geldstrafen, die nicht mehr als fünf Gulden betragen. Es fragt sich zunächst, ob diese Vorschrift sämmtliche zum Rekurs berechtigten, in §. 386 der Str.P.O. aufgeführten Personen umfaßt, nämlich die Staatsanwaltschaft, beziehungsweise Polizeibehörde und den Angeschuldigten; der Privatankläger bleibt selbstverständlich außer Betracht. Der Wortlaut des §. 387 der Str.P.O., die gleiche Berechtigung und Stellung der Anklage und des Angeklagten sprechen dafür, daß in den gleichen Fällen, wie dem Verurtheilten so auch der Polizeibehörde der Rekurs entzogen sein soll. Unter Umständen erscheint jedoch durch ein zu 5 fl. verurtheilendes Erkenntniß die Polizeibehörde in hohem

Maaße beschwert, der Angeklagte gar nicht oder nicht in gleichem Umfange, wenn nämlich auf eine höhere Strafe gehende Anträge der Polizeibehörde nicht berücksichtigt wurden; es dürfte unbillig sein, der Polizeibehörde kein Rechtsmittel zu geben, wenn sie eine mehrwöchentliche Amtsgefängnißstrafe beantragt und auf 5 fl. Geld oder darunter erkannt wurde, während vielleicht der Angeklagte selbst nur ein Herabgehen auf eine Geldstrafe beantragte. Um diese Inconvenienzen zu vermeiden, wäre es wünschenswerth, eine objektive von den Anträgen der Parteien unabhängige Begrenzung der Fälle des §. 387 der Str.P.O. zu finden. Eine solche ist gegeben, wenn wir darunter nur die Polizeivergehen subsumiren, bei welchen nach dem Polizeistrafgesetzbuche das maximum der Strafe 5 fl. beträgt, und hienach nur in den Fällen, in welchen eine höhere Strafe als 5 fl. nicht erkannt werden kann, den Rekurs ausschließen. Die Anwendungssphäre des §. 387 der Str.P.O. wäre bei dieser Auslegung auf einen kleinen Theil der Polizeivergehen beschränkt, vergl. §. 57. 75. 100. 147 des Polizeistrafgesetzes. Schon dieser Umstand in Verbindung damit, daß das Gesetz ohne Rücksicht auf die Strafdrohung von allen Urtheilen zu sprechen scheint, die auf eine polizeiliche Geldstrafe von 5 fl. lauten, befürwortet eine derartige Beschränkung nicht.

Ebensowenig wird eine Unterscheidung zwischen dem Angeschuldigten und der Staatsanwaltschaft in der Richtung gerechtfertigt sein, daß letztere ein Rekursrecht hat, falls ihre, eine Geldstrafe von 5 fl. übersteigenden Anträge nicht berücksichtigt werden.

Eine Beschwerdesumme läßt sich nicht wohl fixiren; man müßte den Rekurs zulassen, sobald das Gericht von den Strafanträgen der Staatsanwaltschaft abginge. Die Absicht des Gesetzes ist, in unbedeutenderen Straffällen, als welche sich die Uebertretungen des Polizeistrafgesetzbuches an sich insbesondere unter der gedachten Voraussetzung qualificiren, das Rechtsmittel des Rekurses nicht zuzulassen; dieser Grund trifft ebenso bei der Staatsanwaltschaft wie beim Angeschuldigten zu, die Cognition, ob die Sache eine unbedeutende ist, hat das Gericht.

In der Praxis wird, soweit bekannt, der Ausdruck „polizeiliche Geldstrafen“ auch auf die in Forst- und Steuerstrafsachen ergehenden Erkenntnisse ausgedehnt, — vergleiche §. 17 Abs. 5 des Gesetzes über das Verfahren in Polizeistrafsachen; — vielleicht wäre hier eine Unterscheidung am Platze, bei Forststrafsachen zwischen Uebertretung forstpolizeilicher Vorschriften und Entwendungsfreveln, bei Steuerstrafsachen zwischen Controlvergehen und eigentlichen Defraudationen; die erst genannten Vergehen, die lediglich polizeilicher Natur sind, fallen zweifellos unter die Vorschrift des §. 387 der Str.P.O.

Nach der Gesetzgebung vor 1864 konnte der Staatsanwalt gegen Erkenntnisse der Amtsgerichte nicht recurriren — §. 114 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 vergl. mit §. 273 der Str.P.O. von 1845 — nach §. 22 des erstgenannten Gesetzes war er berechtigt, wenn das Amtsgericht in einer Sache, welche nicht zu seiner Gerichtsbarkeit gehörte, das Erknntniß gegeben hatte, auf Aufhebung desselben anzutragen; in Steuerstrafsachen hatten die Finanzbehörden das Recht des Recurses gegen amtsgerichtliche Urtheile und ebenso alle Verwaltungsbehörden in Bezug auf Vergehen, die gegen sie oder gegen ihre Diener, insoweit diese in ihrem Amte handelten, verübt wurden oder sonst ihren Wirkungskreis berührten. — Art. 10 des Gesetzes vom 22. Juni 1837. —

Nach Einführung des Anklageverfahrens mit Uebertragung der Initiative der strafgerichtlichen Verfolgung an den Staatsanwalt mußte auch diesem das Recht des Recurses gegeben werden.

Eine Begränzung des Recurses nach der Größe des Beschwerdeobjects kannte die bisherige Gesetzgebung nicht, gegen jedes Urtheil war der Recurs zuläßig, die Bestimmung des §. 387 der Str.P.O. ist eine neue, sie findet sich im Regierungsentwurfe und wurde in das Gesetz mit der, Seitens der zweiten Kammer vorgeschlagenen Modifikation aufgenommen, daß der Recurs dann nicht ausgeschlossen sein solle, wenn einer der Nichtigkeitsgründe des §. 373 Ziff. 1—4 vorliegt — Commissionsbericht zu §. 385 des Entwurfs. —

Die deutschen Gesetze beschränken meistens die Zuläßigkeit des Rechtsmittels weder nach der Größe des Beschwerdeobjects noch nach der Natur des Verbrechens — Planck, deutsches Strafverfahren S. 505; — erst in neueren Gesetzen und Entwürfen haben derartige Beschränkungen Eingang gefunden.

In der Praxis dürfte sich die Vorschrift der badischen Strafprozeßordnung als eine wohlthätige bewährt haben, es stehen nur geringe Vergehen in Frage, das polizeiliche Vorverfahren veranlaßte den Antragsteller zur wiederholten Prüfung der thatsächlichen und rechtlichen Begründetheit seiner Anträge, das amtsgerichtliche Urtheil bietet bei collegialer Besetzung mehr Garantieen seiner Richtigkeit als früher; bei einem Recurse ohne Wiederholung der erstinstanzlichen Beweisaufnahme wird selten ein anderes Ergebniß erzielt werden, eine Wiederholung aber veranlaßt in der Regel einen beträchtlichen, kaum der Sache entsprechenden Kostenaufwand.

Dr. Cadenbach.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 18.

121.

Sitzungen und Vorsitz.

(Ein Vortrag im Juristenkränzchen.)*)

Erste Sitzung.

Motto:
„I feel the time lie heavy on my hands.“

Meine Herren! Sie gestatteten mir zuweilen, wenn mich die Reihenfolge im Vortrage getroffen, daß ich Ihnen etwas bot, was im Tone von der sonst gewöhnlich grau in grau gehaltenen Färbung unserer juridischen, ja wohl auch — juristischen Redeweise gerne ein wenig abstechen wollte. So hatte ich z. B. unter Anderm schon die Ehre, Sie einzuladen, mir an jene „schmale“ Grenzlinie zwischen dem Erhabenen und dem Komischen zu folgen, und zwar zu demjenigen Markstein, wo das Gebiet unserer prozessualischen Praxis unmittelbar an das Territorium der deutschen Bekleidungsakademie rührt, und der Jurist als solcher dem Schneider als solchem die „Hand reicht“ (und was sonst nöthig ist), um — das Maaß zu nehmen für eine Amtstracht.

Dieses, das Maaß nehmen, ist freilich des besagten Grenznachbars Sache erst dann, wenn ein höheres Ermessen die betreffende Maaßregel belieben wird; inzwischen genügt mir Ihr Geständniß, daß ich es meinerseits noch niemals fehlen ließ — am Maaß halten; so oft ich nämlich den Versuch machte, die gewöhnlichen Rede- und Schreibweisen, die die Juristen kultiviren, — die grobe und die trockene! — mit einem leichteren Schwung zu vertauschen. Man läuft dabei die Gefahr, nicht wie weiland Ikarus die Federn (das ginge noch an!) sondern — die Finger sich zu verbrennen. Ich lebe indessen der Hoffnung, daß Sie das „in verbis simus faciles“ auch zu meinen Gunsten gelten lassen, da man meine Worte schon aus dem Grund nicht auf die Goldwage legen darf, weil Reden bekanntlich — Silber (wenn nicht noch ein geringeres Metall) ist! Anderseits aber maße ich mir auch jenes horazische „Ridentem dicere verum, quid vetat?“ nicht als Motto an. Denn Horaz hat offenbar unterstellt, daß mit dem Sprecher die Hörer mitlachen, und er geht von der ganz richtigen Annahme aus, daß, wie wir unsern Kindern den bittern Wurmsamen in einer Honigmischung leichter eingeben, wir Alten gleichermaßen einen Löffel voll Wahrheit geduldiger schlucken, wenn wir dabei den Mund zum Lachen verziehen müssen. Ja, „Wer mir Bürge wäre“ —, daß Sie mitlachten, Verehrteste, und ich nicht jene schauerliche Szene spielen müßte: „Haha! — Wer lacht da? — — ich glaube, ich war es — selber!“ — und beziehungsweise solus! Was bleibt mir übrig? Quirirt, wie ich es heute bin, durch die schwierige Aufgabe mir ihren Beifall erwerben zu sollen, während ich Sie fast zum Zorn werde reizen müssen, baue ich zum Schlusse wenigstens auf ein falzidisches Quärtchen Ihres Wohlwollens! Wir werden vielleicht ein weniges von „schwarzer Wäsche„ aufgedeckt bekommen, aber wir sind ja hier ganz „unter uns Mädchen,“ und — variatio delectat. „Zwar der Deutsche ist geduldig, aber alle Tage Rüben? u. s. w.“ Auch darum, sehen Sie, dürfen wir uns hier im Kränzchen — und was ist auch der geschlossene Sprechsaal der Annalen anders als ein solches? — nicht immer so kurz und trocken fassen, wie allenfalls der Richter, der, glücklich genug, auf sein Wort, ob es Ihnen nun gefalle oder nicht, den Trumpf setzen kann: binnen 14 Tagen bei Zwangsvermeiden und das von Rechtswegen! Wir andern Türken

*) Streng genommen eignet sich vielleicht dieser Aufsatz nicht für die Annalen, doch nahm ich Anstand, dem Wunsche des geehrten Herrn Verfassers, der — ein geschätzter Mitarbeiter des Blattes — mir den Aufsatz zur Aufnahme mitgetheilt hat, entgegen zu treten, weil die von ihm besprochenen Mißstände das Gerichtsleben betreffen, die etwas drastische Art der Darstellung aber, die dem Herrn Verfasser eigenthümlich ist, der Veröffentlichung des manche Wahrheit enthaltenden Vortrags nicht entgegensteht, welcher durch seine Frische und Lebendigkeit eine nicht unangenehme Abwechslung in die trockene Serie von Rechtserörterungen zu bringen geeignet ist, und jedenfalls den Beweis liefert, daß unter dem vom Herrn Verfasser gegeiselten Uebelständen wenigstens seine Phantasie und sein Humor noch nicht gelitten haben! Red.

und Referenten sine voto schließen unserer langen Rede oft kurzen Sinn mit einem bescheidenen „Gott weiß es besser" oder einem höflichen „Desuper" und „salvo meliori."

Zur Sache lassen Sie sich, meine Herren, zunächst daran erinnern, daß die Mehrzahl unserer Collegen aus dem Richterstande vor Kurzem erstmals die Ersitzung vollendet hat, die unser neues Besoldungsgesetz statuirt, — und schon rinnt der Sand einer zweiten Frist von abermals 156 Wochen: „Mit langsam abgemessenem Schritte Verschwinden sie im Hintergrund," und wenn auch diese zweite Serie abgelaufen, beziehw. abgesessen ist, werden wir dann noch Alle, die jetzt in dem Buche der Lebendigen verzeichnet stehen, das wir „Hof- und Staatshandbuch" heißen, gleichfalls mit Schiller jubeln dürfen: „Und so finden wir uns wieder In dem heitern, bunten Reih'n?" Ein solcher Gesang würde jedenfalls auf ein vortreffliches kollegiales Verhältniß der Sänger in und außerhalb — der Sitzungen schließen lassen, — aber sehen Sie nur, was ich da angestellt habe! Gleich die erste „Traverse," da ich meinem Thema ernstlich zu Leibe gehen will, ist uneinnehmbar; dieser Boden ist zu schlüpfrig und wir müssen die Parthie links liegen lassen, indem wir auf unserem Rückzuge seufzen: „Ach das Schöne blüht nur im Gedicht." Wohl mag indessen das ebenbesagte Ereigniß ein nachdenklich Gemüth zu allerlei Betrachtungen stimmen. Man könnte z. B. fragen, welcher kabalistische Zusammenhang bestehe zwischen den Ziffern 156 (Wochen) und 150 (Gulden); man könnte zweifeln, ob wir es hier mit einer „kurzen" Verjährung zu thun haben, und man könnte dem, der die l. 29. D. 50,17 so übersetzen wollte: Quod ab initio — Was schon anno 64 — vitiosum est — zu knapp gemessen war, — non potest — das kann unmöglich — tractu temporis — wenn man es endlich anno 67 bekommt, — convalescere — hinlänglich sein, — — entgegenhalten, daß er eben — den Urtext nicht richtig übersetze. Doch lassen sie mich unter Vielem nur das Nächste herausgreifen. Die allernächste Frage ist gewiß: Womit erfüllten wir denn eigentlich die mehrbesagte Ersitzung? Antwort: Mit Sitzungen! Wir haben die drei Jahre im wahren Wortsinne abgesessen. Also von Sitzungen lassen Sie uns miteinander plaudern!

Da sind wir ja endlich vor der Breitseite unseres Thema! Aber wir hüten uns, es im Sturm nehmen zu wollen; mit epischer Breite vielmehr müssen wir uns durchwühlen, und Sie werden dies begreiflich finden, wenn Sie den ganzen bisher genommenen Anlauf mitgemacht haben, daher sie sich auch nicht groß trösten dürfen, wenigstens in der Hauptsache schnell wieder loszukommen. Wenn ich ihre Mienen verstehe, so fragen Sie, was man denn viel von Sitzungen reden könne? Ich beklage, daß es nicht lauter rosenfarbene Erinnerungen sind, die wir — „o weh" — denken Sie da — „der Mann will anfangen zu räsonniren." Nun, meine Herrn, homo sum, nil humani etc.! aber nehmen auch Sie die Räson an, der sehr menschlichen Wahrheit die Ehre zu geben, daß unter dem Mond kein Fuhrwerk existirt, welches nicht noch eine schöne Strecke zufahren müßte, ehe es im Wirthshaus „zur goldenen Vollkommenheit" ankehren kann, und endlich sind ja auch wir in der glücklichen Lage eines Tazitus, „ubi sentire, quae velis, et quae sentias dicere licet," d. h. wo man auch noch ein Wort sagen darf, das nichts gilt. Wäre indessen Jemand von uns leicht zu ärgern, — gut, so machen wir am gescheidesten im Folgendem einen kleinen Gang in's Freie: ist ja doch der Zorn, wie noch manches andere Sitzungsprodukt, im Grunde nichts als eine jener kleinen Digestionsstörungen, für die mein sel. Lehrer der forensischen Medizin das goldene Sprüchlein wußte: „Besser im weiten Feld als im engen — Bauch!" Wie oft gedachte ich nicht schon wenn die Sitzung Nachmittags um 2 oder 3 Uhr noch lange kein Ende nehmen wollte, seufzend dieses Sprüchleins, aber auch des nicht minder goldenen §. des Sachsenspiegels (Buch III., Art 61 §. 4): „Gerichtes suln warten alle von des, daz die sunne uf get, wend (bis) zu mitten tage." Sie sehen: unsere practischen Großväter zitterten mit Herrn Christoph Hackstrumpf bei dem Gedanken an ein kaltes Mittagessen. Und doch stund Meister Eicke von Repgow noch um ein halb Jahrtausend näher als wir, jenen germanischen Freunden des Tazitus, die ihre „inediam solo adsueverunt." Meine Herren, da sind wir schon an einem Hauptstück, worüber ganze Bände geschrieben werden könnten. Ich sage nur: Begehen Sie noch zehn Jahre lang permanent den Diätfehler, allwöchentlich 2—3 mal drei bis vier Stunden später, und resp. kälter, zu diniren, als Sie sonst pflegen, und — Sie werden an mich denken, aber auch einsehen, daß Dr. Werner, der bekanntlich 141 Jahre alt wurde, unmöglich ein Dr. juris und Kreisgerichtsrath

gewesen ist. Ah! Sie werden ängstlich? Ich muß Ihnen wohl einen unmaßgeblichen Rath ertheilen, indem ich Sie an die heutigen Nachkommen Meister Eicke's erinnere, welche nach dem homöopathischen „similia similibus" (die Homöopathie stammt ja aus Sachsen!) sich damit helfen, daß sie überhaupt das Mittagbrod nie vor 4 Uhr einnehmen, d. h. sie haben die gerichtlichen Arbeitsstunden auf die Zeit von 9 Uhr früh bis 4 Uhr Nachmittags festgesetzt: dann aber wird der Kanzleirock beziehungsweise Frack für den Rest des Tags an den Nagel gehängt. Und dabei versteht sich die kleine Abwechslung von selbst, die man in unserem Oberland „z'nüne nehmen" heißt. Bringen wir es auch nicht zu jener sächsischen Radikalkur, so sollten wir doch nie diesem vaterländischen Gebrauch untreu werden, denn wenn Sie einmal von 8—$^1/_2$12 Uhr „gesessen" sind, so wird das Ding höchst ungemüthlich, und mit ihrem ziemlich altbackenen „plenus venter non studet libenter" kommen Sie nicht mehr weit. Nur hat mir die traditionelle „Semmel" im Berathungszimmer noch nie recht schmecken wollen: wie alles seine Zeit hat, so auch seinen Ort, — ja so, das sind Geschmacksachen! eben darum bitte ich um 15 Minuten Pause, um in's nächste Restaurant zu eilen. Aber die Zeit wird kommen, da unsere Herrn Medizinalreferenten nicht lediglich dafür da sind, von der Anklagekammer in unsere Strafkammern beordert zu werden, um uns hier über Knochenbrüche, und wie man den Verletzten am Zeug geflickt hat, zu unterrichten, sondern wo man ihnen auch einen Platz in der — Rathskammer einräumen wird, um uns Gerichtspersonen selber, die wir s. z. in der „gerichtlichen Medizin für Juristen" ein prophylaktisches Capitel nicht gehört haben, zu informiren, wie wir Leib und Seele besser zusammenhalten müssen, auf daß wir nicht Schaden nehmen an unserer sterblichen Hälfte! — —

Aber nun kommen Sie mit hinaus! Sie haben doch noch nicht Alle schon einen Ort gesehen, wie sich deren einige in der Erinnerung des Volks als „Malstätten" erhalten haben bis auf diesen Tag. Streifen wir z. B. — in den Ferien natürlich, wo wir Staubgeborenen zur Beförderung des Stoffwechsels gerne einmal statt Aktenstaub Ackerstaub schlucken, — von Thiengen, am Ausgang des freundlichen Wutachthals, durch die lachende Gegend, so fällt uns, einige hundert Schritte hinter dem „Seidenhof," auf dem Fußpfad nach Cadelburg, ein eigenthümliches Stück Wiese auf, südlich an eine waldige Hügelwand gelehnt und dieser gegenüber im Halbkreis von der schäumenden Wutach umflossen; das dichte Weidengebüsch des Ufers und der Buchenwald im Hintergrund schließen die weite Fläche vollkommen ein, und in Mitten derselben ragt einsam aus dem grünen Rasen ein mächtiger Nagelfluh-Felsblock säulenartig empor. Der merkwürdige Stein heißt heute noch „der Malstein" und die Stätte war eine „Malstätte." Lagern wir uns zu Füßen dieses grauen Zeugen einer grauen Vorzeit, was kann da uns Themispriestern (merito quis nos sacerdotes appellet etc. l. 1 §. 1 D. 1. 1) nicht Alles einfallen aus unserer Reichs- und Rechtsgeschichte, denn unwillkürlich tritt man hier mit einem Fuße, in Gedanken wenigstens, aus der Romantik der Natur in die Romantik unserer Alterthümer. Uns Juristen von heute fällt es allerdings auf den ersten Blick nicht leicht, die Qualifikation der Wiese da zu einem Gerichtslokal zu würdigen: lassen Sie sich deßhalb von mir einführen, meine Herren, wenn's beliebt!

Was uns zunächst einleuchten muß, das ist die sonst nirgends so wiederzufindende „Oeffentlichkeit" hier auf dem Wiesenplan, der ein paar Morgen groß ist, unmittelbar unter dem freien, blauen Himmel. Ziehen Sie selbst den Vergleich mit dem, was wir Epigonen beziehungsweise was unsere Maurer und Zimmerleute in dem Stück leisten! Ich kann nur behaupten, daß ich, so oft ich mich in einem von unsern alten, engen — Bahnhöfen befinde, die Meisterschaft bewundere, mit der man Licht und Luft (die an den Stationsplätzen meist in Hülle und Fülle zu haben wären), geradezu „hinausgemauert" hat. Wie sich manche Leute über so Etwas aufhalten mögen! Was thu' ich die Viertelstunde im Wartsaal mit Licht und Luft, wenn es nur warm darin ist! Aber ich gestehe, daß ich in den Gerichtssaal, worin ich den halben oder ganzen Tag sitzen und arbeiten soll, wenig Verständniß für ein recht heimlich schattiges Plätzchen mitbringe. Wenn Sie mir zugeben, daß unsere Gerichtshäuser nur Nothbauten sind, welche fallen und würdigen Justizpalästen Platz machen werden, wenn einmal unsere Kasernen fertig sind, so will ich für jetzt zufrieden sein. Unterdessen wird in den düstern und engen Räumen (— sie sind nun leider einmal so und wir können es vorerst nicht ändern! —) dieser Straf-, Rekurs- u. s. w. „Kammern" mein Blick immer mit Vorliebe auf einem Gegenstand haften, nämlich auf

dem grünen Sitzungstische vor uns, offenbar eine liebliche Allegorie, die uns an die grünen Wiesen unserer Malstätten gemahnt, wie weiland den Quiriten auf dem Forum die Scholle, die er dahin mitbrachte, an das praedium draußen, das er vindiziren wollte. Dies grüne Fleckchen hätten wir also glücklich von dem früheren Wiesenteppich noch gerettet, und würden wir auch ein Stück von dem grünen Wald, der die alte Wiese hier umgibt, zurückgewinnen in Gestalt von grünen Behängen um die blendenden Fenster, — — wir haben hier deren, und Sie sehen daraus, meine Herren, daß ich nicht von dem hiesigen Gerichts-Gebäude rede, und ich bitte, das Gleiche auch im Folgenden gütigst zu unterstellen — —, dann wird die so sehr ungünstig zusammengesetzte Farbenmischung sich etwas vortheilhafter gestalten, die uns der bekannte Wahlspruch nennt, womit in der Regel der Professor des Zivilprozeßpraktikums, den Hörern Glück wünschend, sein Colleg schließt: „Grau Freund ist alle Theorie, grün nur der Praxis goldner Baum." Ach! Noch die neueste Analyse soll folgenden erschreckenden Prozentsatz in 100 Theilen Mischung gefunden haben:

Grau	81,24.
Grün	9,75.
Gold	0,57.
Wässerige und schleimige Stoffe	8,44.

(Dies möchte indessen nur eine Probe aus derjenigen Quelle genommen sein, aus welcher wir, hinter dem grünen Tische Sitzenden, schöpfen dürfen, wogegen der Born, der für die quillt, welche vor besagtem Tisch am Pulte stehen, ungleich goldhaltiger sein soll.)

„Si monsieur" — sagen Sie — „aber bleiben wir jetzt auf unserer Gerichtswiese. Ja, es ist schön hier, aber wir wollen doch auch an den Winter denken!" — Es ist richtig, ich vergaß den Winter, und das ist ein Factor, mit dem man rechnen muß! Nun, wir ziehen ja im Ernst nicht wieder hinaus auf diese Malstätten mit unsern Civilkammern und Schwurgerichten, so wenig als wir je mehr von Karlsruhe nach Heidelberg im Postwagen fahren. Aber gewisse Annehmlichkeiten dieses verflossenen Fuhrwerks möchten wir noch heute reklamiren. Gleichermaßen verzichten wir gerne auf die kalten Füße und sonstiges Rheuma, das unsere Eltervväter sich auf dem Parquet hier geholt haben mögen (denn die schönsten Wiesenteppiche sind im Winter frostig, und „Fußwärmer" werden schon damals so viel genützt haben, als in unsern Eisenbahnwägen) — jedoch vermissen wir schmerzlich in unseren heutigen Gerichtsgebäuden die köstliche Luft, wie wir sie auf dieser Wiese einschlürfen. Ja, unsere Alten waren so glücklich, in ihren Sitzungsräumen unterm lichten Aether keiner künstlichen Ventilation zu bedürfen, ob auch noch so viele geladene Zeugen und ungeladenes Publikum dort den zum Frühstück genossenen Alkohol exhaliren mochten, nicht zu reden von den nassen Stiefeln und Mänteln! Wenn wir jene kleine Schwäche unserer Urväter bedenken, die Tazitus so liebenswürdig mit „sitim minime tolerare" umschreibt, und wenn wir uns dann der löblichen Vorsicht erinnern, womit der Verfasser des „Schwabenspiegels" seinen Richtern und Schöffen anempfahl, daß sie nüchtern in die Sitzung gehen und in gleicher Verfassung darin ausharren sollten, — wie denn auch die „Peinliche Gerichtsordnung" ausdrücklich wünschen mußte, daß man dem Angeklagten „inn dem außfüren (zur Hauptverhandlung) ved sunst nit zuvil zu trinken gebe," — so begreifen wir lebhaft die Scheu der Alten bei ihrer Unkenntniß künstlicher Luftreinigung, in geschlossenen Räumen größere Versammlungen zu halten. Auch der Geruchssinn weckt bekanntlich die Erinnerung, und die führt uns im Nu zurück in die Strafkammer, an einem jener Wintertage, da wir Fenster und Vorfenster ängstlich verschließen und dem Canzleidiener ungeduldig schellen, daß er Kohlen zulege: wir sind gerade um $^1/_2$ 1 Uhr mit dem zweiten Falle, — eine Körperverletzung mit der üblichen Masse vorgeladener Zeugen und Sachverständigen, fertig geworden und treten nun, um das Urtheil zu verkündigen und den letzten Fall zu verhandeln, aus dem Berathungszimmer hinaus auf's Podium der Strafkammer — Gott! die Luft! Namen, parlamentarische wenigstens und chemikalische, nennen sie nicht, und in diesem erschrecklichen Gemengsel von Stick-, Wasser-, beziehungsweise Zwetschgenwasser- und Kohlenstoffgas müßte der Chemiker mit der Laterne des Diogenes nach dem Sauerstoff suchen, dessen wir noch 2 Stunden lang zur Arbeit unseres Kopfes und unserer Lungen bedürfen. Eine capitis deminutio maxima kann da nicht ausbleiben. Was soll ich erst von unsern Assissen sagen? Daß die Schwurgerichtssäle meist größer sind, als die Strafkammern, bewirkt blos, daß dort noch mehr solcher Luft erzeugt wird. Videant Consules! Der Kaffe ist ein Gift, aber ein so langsames, daß Voltaire sich bekannt-

lich bis in sein achtzigstes Jahr damit vergiften wollte, ich zweifle leider, daß wir das nämliche Experiment ebenso gefahrlos, mit unserer Strafkammerluft nachmachen könnten; dies Gift nimmt in der Toxikologie eine höhere Stufe ein! Wir gerathen da in ein Hauptstück von ganz bitterm Ernst. Wie? Halten Sie ein vorzeitiges Sterben für nichts Bitteres? Werfen Sie nicht ein, daß noch manch andere Arbeitsleute in verpesteten Räumen schaffen müssen: ich kenne selbst die Bemitleidenswerthen, die, von giftiger Atmosphäre umgeben, in sog. „Hütten" aus alten Knochen den Phosphor bereiten, während wir unter ähnlichen Umständen in sog. „Kammern" denselbigen Stoff in Gestalt von „Hirnschmalz" verbrauchen. Was folgt denn daraus? daß eben Jeder zu Grunde geht, dem nicht geholfen werden kann, — nicht aber, daß wir uns schlachten lassen sollen, denen um den Preis von einigen 100, meinetwegen auch 1000 fl. noch zu helfen wäre, wenn nur unsere Herrn Baumeister zum Gegenstand ihrer Studien in Ansehung zweckmäßiger Heizung und Lüftung nicht blos diejenige Art von „Strafkammern" machen wollten, in die man die Verurtheilten einsperrt, z. B. in Bruchsal, sondern auch die, darin wir zuvor die Angeklagten verurtheilen, z. B. in Karlsruhe. (In unsern Zivilkammern ist meist, aus innern Gründen, wenn auch die Temperatur nicht angenehmer, so doch der Dunstkreis reiner.)

Meine Herren! befinden wir uns hier, im Freien und Frischen, nicht recht behaglich auf dem weichen Rasensitz unter dem Malstein? Rasensitz! ja unsere ehrwürdigen Altvordern machten sich's gerne bequem. Seltsam übrigens, daß die alten Herren nicht so viel — Sitzfleisch gehabt zu haben scheinen, als wir Enkel! Denn viel verwunderlicher noch, als ihre Vorschrift, einer nüchternen Aufführung sich zu befleißigen, muß uns ihre Vorkehr für ein — sitzendes Verhalten in der Sitzung vorkommen. (Nemesis Carolina, Art. 82: „da man das gericht nach guter gewonheyt pflegt zu sitzen, soll der Richter die vrtheile heyssen nidersitzen vnnd er auch sitzen, vnd ehrsamlich sitzen bleiben biß zu end der sachen." Sachsenspiegel III. 69 „Siczene suln sie urteil vinden.") Wir sind zahmer geworden: die modernen Gesetzgeber konnten solche §§. in ihren Gerichtsordnungen sparen und Alles liegt schon in unserem Substantivum „Sitzung." Leider ist es mir bei der Schmalheit der Hilfsmittel unserer kleinen Provinzstadt nicht gelungen, über die allmählige Entwicklung der Maxime des Sitzens und die Bildung des jetzt nirgends mehr angefochtenen Gerichtsgebrauches des „sitzenden Verfahrens," sowie über den frühesten Gebrauch des zu so großer Beliebtheit gelangten Ausdrucks „Sitzung" Etwas zu erforschen. Nehmen Sie daher, statt mit einer historischen, mit einer philosophischen Betrachtung vorlieb! Soll ich es offen sagen, so gefällt mir das Wort Sitzung herzlich schlecht. Man muß zwar seine nach den Sprachgesetzen zweifellos legitime Abstammung an- und ihm ein angeborenes Bürgerrecht zuerkennen, und kann auch nicht mäkeln an der äußeren Wohlgestalt des Wortkörpers! aber es ist schiefgewickelt in begrifflicher Hinsicht, und es klebt ihm überdies eine „levis nota" an. In begrifflicher Hinsicht springt der starke Mißbrauch in's Auge, der hier mit der Lizenz des „pars pro toto" getrieben wird. „Sitzung" drückt an sich nichts anderes aus, als den sitzenden Zustand einer oder mehrerer Personen, nämlich solcher, die von einem bestimmten Theile ihres Körpers besondere Anwendung machen, um den letzteren in den eigenthümlichen Ruhezustand zu verbringen, den wir eben „das Sitzen" zu nennen pflegen. Hiebei tritt denn ebensowohl natur- als begriffsgemäß jener Theil ganz besonders hervor, und bedeutungslos nur schließt sich der übrige Körper daran an; denn es mangelt ja die leiseste Andeutung dessen, was die sitzenden Personen in diesem Zustande machen! Es ist dies offenbar eine unglückliche Bezeichnung für eine Hauptberufsthätigkeit! Sofort leuchtet uns auch das Motiv der erwähnten formalen und kategorischen Sitzungsvorschriften der alten Gerichtsverfassungen ein: unsere Ahnherrn stunden eben der Natur noch um einige Schritte näher, als wir, — daher ihr Widerwille gegen ein mißbräuchliches Sitzen, d. h. ein solches, welches nur den Zweck hat, den Körper in Ruhe zu erhalten.

Unter den möglichen Ruhezuständen unseres Leibes ist der vertikale, das Stehen, und der horizontale, das Liegen, seinem Bau angemessen, und in mäßiger Abwechslung mit der Bewegung, ihm zuträglich, wogegen die beiden anderen Arten von Ruhezustand, nämlich das Sitzen und — das Hängen, sich als nachtheilig für unsere physische Natur, ja auch für die Psyche, erweisen; — dieses, das Hängen, ist sogar absolut und akut lethal, jenes, das Sitzen, führt gleichfalls, nur langsamer, dem Grabe zu, nachdem es unsere Unterleibsor-

gane destruirt und uns die körperlichen und seelischen Leiden der Hämorrhoiden und der Hypochondrie hat kosten lassen. Was Wunder, daß unsere naturwüchsigen Vorfahren erst durch strenge Befehle veranlaßt werden mußten, ihre Körper in die sitzende Verfassung zu krümmen? Es ist richtig, daß die Natur den menschlichen Leib zum Sitzenkönnen eingerichtet hat, aber nur für einen gewissen Fall, in welchem das Sitzen dann sogar zur Nothwendigkeit wird; dieser Fall, nämlich die momentane Cumulation der physischen Natur in einer spezifischen Activität des Sitzorganes, ist einem deutschen Mann wohl alltäglich, aber nur höchst kurzweilig, zu wünschen. Die moderne Welt jedoch sitzt passiv und ohne „Noth“ (in dem obigen Sinne), und dies rächt sich als ein Verbrechen wider die Natur, deren Gesetze unabänderlich und deren Strafen drakonisch sind, — denn tausendfältig ist in ihrem Codex die Todesstrafe angedroht, — und so trifft uns denn, nach dem barbarischen Grundsatze der talio, für unser langes widernatürliches Sitzen die peinliche Strafe der Verzögerung auch des natürlichen Sitzens und der Erschwerung des natürlichen Sitzzwecks. Uebrigens sind wir im Allgemeinen nicht wählerisch und nicht glücklich in der Benennung der Dinge; nehmen Sie nur ein Ding, welches den konträrsten Gegensatz einer Sitzung darstellt, z. B. eine Lokomotive: was dächten Sie sich dabei, wenn Sie noch keine solche gesehen hätten? Der peinliche Beigeschmack unseres Begriffes gibt sich deutlich darin kund, daß wir die Lage unserer Sträflinge mit nichts Traurigerem, als mit einem „Sitzen“ zu bezeichnen wissen, — seitdem man von dem noch schlimmeren Versetzen derselben in den Ruhezustand des Hängens abgekommen; wir sagen, „er sitzt in Bruchsal,“ während wir den Soldaten in der Garnison „liegen“ lassen und auf unsere Beamten im Allgemeinen den Begriff des Stehens in Anwendung bringen, „Angestellter,“ „er steht da und da,“ wie man in der Maingegend sagt. Dann aber, vom Begrifflichen abgesehen, hat der quästionirte Ausdruck in ästhetischer Hinsicht nicht allein etwas Anrüchiges, wofür ich hier nur unsern, trotz seiner Beliebtheit im Heimathlande doch in juridischen Kreisen kaum je citirten J. P. Hebel Ihnen anführe (vergl. dessen ungedruckten Nachlaß, worin in dem Räthsel: „Was ist das?“ so köstlich das Moment geschildert wird, auf dem das ganze „Gewicht der Session“ ruht), — sondern er hat sogar etwas Schimpfliches. Bekanntlich sind die beiden Extreme unserer dualistischen Natur, das Organ des Denkens und das des Sitzens, die sich bei der Verrichtung geistiger Arbeit zwar nicht, wie sonst die Extreme, berühren, aber wesentlich zusammenwirken, — nicht bei allen Menschen proportional entwickelt: Der Eine, in jedem Beruf, arbeitet mehr mit dem hinteren, der Andere mehr mit dem oberen Organ. Warum sich nun, frage ich, mit diesem „Sitzung“ den (hoffentlich) falschen Schein geben, als ob Männiglich zur ersten Categorie gehöre die mit dem niederen Organ a schafft? Wir Juristen müssen allerdings beklagen, daß in unsern provisorischen Einrichtungen für das höhere Organ b auch nicht zum besten gesorgt ist, weil es an der Lebensluft und dem Lichte mangelt, wie wir vorhin sahen, die ihm, dem Kopfe, noth thun; allein es wird Niemand wagen, auf diesen Umstand die üble Nachrede zu gründen, man habe eben von vornherein unterstellt, daß dieses höhere Organ bei unserer Thätigkeit zurücktrete: Der untrügliche Gegenbeweis liegt darin, daß gleichfalls unsere Apparate zum Sitzen fast Alles zu wünschen übrig lassen! Ich denke hier mit Seufzen an dieselben zurück und bedauere um so aufrichtiger, als ich selbst darunter leide, die Calamität, daß in unseren Gerichtshallen kaum wo ein brauchbarer, seinem Zweck und den Anforderungen der Neuzeit sowohl als der Humanität entsprechender Stuhl aufzutreiben ist. Wenn Sie dagegen behaupten wollen, daß unsere Sitzungstische sich äußerlich gut ausnehmen, was ich schon vorhin theilweise zugegeben, so exzipire ich doch, daß auch diese in Nichts den genannten Anforderungen entsprechen. Was unsere Stühle anlangt, so qualifiziren sich dieselben oder die statt solcher vorfindlichen Sessel — harte, hohe, schmale, geisige Dinger — welche das Knochengerüste und die Muskulatur des Rückens und sog. verlängerten Fortsatzes gar nicht, geschweige bequem, zu fassen vermögen, — nicht einmal in ein Besuchzimmer, worin man für 10 — 15 Minuten Platz nimmt, sondern höchstens in ein Vorzimmer, wo man den Stuhl — stehen läßt. Das sind aber keine brauchbaren Werkstühle, auf denen wir in unseren Arbeitssälen fünf bis sechs, ja zweimal fünf bis sechs Stunden laboriren sollen! Ein Operationsstuhl in der Klinik ist auch keine schöne Gegend, aber der Sitz als solcher ist vortrefflich, und ich vertrieb mir, als ich selber einmal Platz darauf nehmen mußte, das sonst Peinliche der Situation mit dem Genusse des Un-

terschieds zwischen diesem und meinem aktiven Operirsitz im Gerichtssaale. — Als ich noch ein Kind war, hatte ich kindische Gedanken; als ich aber Referendär geworden war, hatte ich den Gedanken, daß ich später im Hofgerichte wohl nicht minder prächtige Arbeitssessel antreffen würde, als mir ein solcher in meinem damaligen Amtsgericht-gehilfenbureau in M. zur Verfügung stund, der ex pacto et providentia majorum aus dem Kanzleiaversum dahin angeschafft worden war: ein solider Arm-, Lehn- und Drehstuhl mit Vorrichtung zum Höherschrauben — wenn auch nicht der Ideen, so doch des Sitzblatts. Bemerken Sie wohl, daß ich damals als Einzelrichter den unschätzbaren Vortheil hatte, jeden Augenblick, z. B. beim Protokolliren, vom sitzenden zum laufenden Verfahren überzugehen, und Sie werden begreifen, daß ich, wiederum später, als Kreisgerichtsbeisitzer, bei den Sesseln! auf den Gedanken kam, ich möchte — Vorsitzender sein, für den ein wenigstens halbwegs bequemer Armsessel vorhanden war. Wie man selbstsüchtig sein kann! Warum fand ich nicht sogleich das Columbusei in dem Gedanken, daß man ja Jedem von uns das Leben mit solcher Wohlthat erleichtern könnte? Und das führte mich schließlich dahin, etwas ganz neues und eigenes, nämlich den „universellen deutschen Sitzungsapparat," zu erfinnen, worauf ein Patent zu nehmen, ich mir vorbehalte. Der kleinste Vortheil meiner Maschine, die ein natürliches Gegenstück zu der obengenannten Lokomotive, aber keine blose „Handmaschine" ist, von der ich jedoch nichts verrathe, als daß sie einen künstlich mit Schrauben, Hebeln und Stiften eingerichteten, pultartigen Tisch und eine sinnreiche kombinirte Bank enthält, — wäre der, daß die an diesem Tische Sitzenden künftig symmetrisch hinter demselben hervorragen würden, ohne daß wir für unsere Assessoren ein Größenmaaß einführen, oder die Gerichtsbeisitzer nach des Leibes Länge in Senate oder Kammern zusammensetzen müssen, und daß man beim Gebrauch meiner Maschine sich nicht mehr die Blöße geben darf, einem verehrlichen Publikum im Zuhörerraum die Unvollständigkeit oder gar Falschheit seiner „Behauptungen" (siehe „Meidinger," Bd. III. Fol. 487) zu verrathen, indem man sich nicht mehr wie bisher, und wie ich z. E. wegen Kurzsichtigkeit tief über einen viel zu niedern, platten, brust- und augenschädlichen Tisch beugen muß, will man etwas notiren und dgl. m.

Bei dem hier berührten ästhetischen Mißstand der Sichtbarkeit so mancher abwesenden Haar-Locke ist nur verwunderlich, und so gibt ein Wort das andere, — daß die singuläre Bestimmung des Sachsenspiegels (III. 69): „Swa man dinget bi kuniges banne, dar en sal noch schepben, noch richter kappen an haben, noch hut noch hutechin, noch huben, noch hantschu" — eine generelle Geltung erlangen und behaupten konnte, bis endlich — nach einem halben Jahrtausend — die practischen Enkel der alten Sachsen, nämlich die Bewohner der jetzigen Provinz Hannover, erstmals wieder im rechtsrheinischen Deutschland ihren Richtern und Anwälten eine Mütze (sogar mit Borten!) aufgesetzt, und sich erinnernd an die positive Formvorschrift ihrer Alten (Sachsenspiegel ebendaselbst), „Mentele suln sie uffen schulderen habn" auch die Robe gegeben haben. Meine Herren, sie wenden ein, das sei ein überwundener Standpunkt: wir steckten einmal so tief im französischen Frack, daß wir nicht mehr herauskämen.*) Ach, bedenken sie doch gefälligst, daß auch die moderne Robe vom Ueberrhein stammt! D'rum wissen Sie was? Vergleichen wir uns! Sie verzichten auf den garstigen Frack (ich unterstelle hiebei natürlich nur ihren „Sitzungsfrack"), ich dagegen ebensowohl auf die toga praetexta des Prätors, als auf die robe der französischen Magistratur, und wir vereinigen uns in der Wiederherstellung des guten, alten, deutschen „Mentele," einer gemischten Commission von Sachverständigen aus den Prozeß- und Bekleidungstechnikern es anheimstellend, in welcher zweck- und zeitgemäßen Form solches zu erbauen wäre. Ich gebe in den Vergleich noch drein den „stabe oder bloß schwert," das der Richter der C. C. C. „nach lendlichem herkommen eyes jeden orts inn den henden" hatte: denn diese Instrumente würden uns jetzt in der Sitzung höchlich geniren. — (Nur soviel ist gewiß, daß solch ein „bloß schwert", vorn mit der Hand emporgehalten, sich besser ausnehmen müßte, als unsere hinten herabhängenden Frackflügel). Im Ganzen treten wir aber jedesmal unbefriedigt aus der staubigen Rumpelkammer jener schauerlich-komischen Romantik unserer prozessualischen Vorzeit wieder heraus, so oft wir auch hineinschauen, um ein vielleicht noch brauchbares Stück von dem Rüstzeug der Hals- und Blutgerichte zu entdecken.

So paßt denn auch statt all der rostigen Stangen, Spieße und Stäbe, Fahnen, Schwerter u. s. w., die

---

*) Siehe Annalen 1865 Ziff. 35 S. 91 ff.

die Großväter mit Stolz und Würde zur Richtstatt mitgenommen, für die Hand der Enkel, die nicht blos nüchtern, wie jene, sondern auch — trocken in die Sitzung gehen wollen, nur das — „Hotzenschwert,“ Sie wissen: dasjenige, womit wir uns gegen des Himmels Ungunst bewaffnen, wenn am Sitzungsmorgen der Tag neben den andern Schauern, die er bringen wird, auch mit einem Regenschauer droht. Stellen Sie sich vor: im vergangenen Sommer überfällt mich um $^3/_4$ auf 8 Uhr auf dem Weg in die Sitzung der fürchterlichste Gewitterregen; ich laufe, was ich laufen kann, und denke so für mich, ob nicht heute wenigstens der Herr College, der fast jedesmal zu spät kommt, sich besser sputen werde, da er gleich mir meist den Schirm vergißt. Er war aber um 8 Uhr wieder nicht da. Suum cuique tribue: wir warten also fünf Minuten; wir warten noch länger, — endlich tritt er etwas hastig herein. „Ei, Herr Colleg,“ — rufen wir empfindlich, — „Sie lassen uns schon wieder zehn Minuten warten,“ und ziehen die Uhren. Was meinen Sie? Er zieht auch die seinige, und will damit beweisen, daß noch 2 Minuten 15 Sekunden zu 8 Uhr fehlen. Unsererseits allgemeine Anfechtung seines Beweises. Doch er gibt nicht einmal nach; er habe, sagt er, erst vor einer Stunde seine Uhr nach dem Regulator des Telegraphenbureaus gerichtet: das sei die gemeine Landeszeit und er möge der Rathhausuhr, wenn sie in ihren Launen zu schnell gehe, nicht nachlaufen. Was sagen Sie dazu? Freilich das ging so drei-, viermal; endlich verlor er die Geduld und kommt nun, — denn Einer muß nachgeben! — rechtzeitig, oder, wie er sagt, 15 Minuten zu früh. Aber nie bringen wir ihn dazu, einem Strafbeschluß beizustimmen gegen einen Zeugen, der nicht pünktlich da ist, wenn die Sitzung eröffnet wird. Hören sie nur, was er uns neulich ausführen wollte: „Ich weiß wohl,“ sprach er, „daß ich und das Bäuerlein, das ich nicht strafen mag, weil es noch nicht da ist, wenn die Majorität unserer Taschenuhren den Beginn der Sitzung anzeigt, — daß ich und es auf der Eisenbahn, wenn wir uns nur um 30 Sekunden verspäten, mit der Pein des Nachschauens bestraft werden, aber da gilt auch eine Zeit, die Jedermann auf die Sekunde wissen kann und die zum Ueberflusse noch eine Viertelstunde vorher — eingeläutet wird, das ist's, worauf ich „abziele,“ — meinte er — „wir werden mit der Uhr allein nie zu Streich kommen.“ „Wenn die alten Sachsen“ — fuhr er fort — „zu sitzen begannen,“ „„von des, daz die sunne uf get,““ so ist das auch nicht praktisch, denn die Sonne geht nicht alle Morgen auf, und heutzutage stehen die Meisten mit dem Sonnenaufgang auf gespanntem Fuße. Praktisch ist allein, was unsere Carolina an die Hand gibt: „„Item,““ sagt sie, „„am Gerichtstag, so die gewonlich tag zeit erscheint, mag man das peinlich gericht mit der gewonlichen glocken beleutten, und sollen sich Richter vnd vrtheyler an die Gerichts statt fügen ꝛc.““ Machen wir es nicht in andern Stücken noch heute so? Im Bahnhof läuten sie zu jedem Zug, und wir wissen, daß wir binnen 15 Minuten reisefertig sein müssen; allabendlich läutet — sit venia verbo — das Lumpenglöcklein, und wir wissen, daß wir noch 15 Minuten Zeit zum Heimgang haben; vom Rathsthurm ruft die Glocke den Bürger und Bauersmann zur Gemeindeversammlung und mahnt ihn, den Arbeitskittel mit dem bessern Rock zu vertauschen und sich zum bedächtlichen Gang anzuschicken, — und dann am Sonntag weckt ihn das erste Glockenzeichen vom Kirchthurm, er nimmt den Morgenimbiß; beim zweiten Zeichen beginnt er das Festgewand anzulegen, und beim dritten macht er sich auf den Kirchgang, und wenn es ausgeläutet hat, ist Jedermann da und kann da sein. Ich hoffe, wenn wir einmal neue Justizpaläste bauen, wird auch ein Thürmchen das Gebäude krönen und die Glocke uns in die Sitzung rufen oder wie Sie die Sache dann besser benennen wollen.“

Sprach's! ich gestehe, ich konnte meinem Herrn Collegen, obwohl er ein wenig Phantast, nicht Unrecht geben. Und Sie, meine Herren, nicken auch mit dem Kopfe, — Silentium pro sententiâ? — oder sind Sie am Ende gar eingeschlafen? Ich will nicht hoffen! — Doch ich meine wirklich, es wird dämmerig hier: der alte Malstein sieht so sonderbar, fast gespenstig aus in dem weißen Nebelflor, der sich vom feuchten Uferrand über die Wiese verbreitet. Was könnte der greise Geselle uns nicht Alles erzählen, daß uns die Haut schauderte, von der Wildheit, nicht einer natürlichen, nein, einer noch schrecklichern, einer systematisirten Wildheit in Gesetzen und Gebräuchen unserer löblichen Urahnen, — von „übelthettern“ und „boßhafften weibßbildern,“ so hier vom hochnothpeinlichen Gerichte kondemnirt worden, „mit dem fewer, mit dem rade, mit Viertheilung des leibes, mit dem galgen oder mit abschlahung des haubtes vom Leben zum todt gestrafft,“ oder „ertrenkt

oder umb mehr forcht willen gepfelt und lebendig vergraben" zu werden? Ein kurzer Sprung weiter zurück in die Vorzeit, und wir schaudern, wie diese Richter und Nachrichter ihrem Blutdurst räumlich und zeitlich „auf der Stelle" fröhnen durften; da war denn der Platz hier gar trefflich gelegen: alle vier Elemente — Feuer, beziehungsweise Holz, Wasser, Erde, Luft, in Fülle vorhanden, die armen Sünder abzuthun in vielfältiger Art „nach gutter gewonheyt eyes jeden orts." — Ei, wie es plötzlich dunkel geworden! Die einsame Stätte ist doch geheuer? Haben Sie nicht etwas gehört? Ach nein, es ist nur das Rauschen des Wassers und die Weiden säuseln im Nachtwind. Aber da — was seh' ich? Beim Corpus Juris! Wir haben Gesellschaft! Dunkle Schatten, Gestalten, treten lautlos auf den Plan; — sie zerfließen wieder im wogenden Nebel, — nein jetzt nehmen sie feste Form an: Himmel! ich erkenne die Gespenster! Herr College da neben, sehen Sie nur hin: leibhaftig — bei der lex 11 de Poenis! — Der eisgraue Baldus de Ubaldis — und dort der grimmige Magister practicae, Durantis der speculator, — hier ein Bartoldus de Saxoferrato, und, in Schweinsleder gebunden, ein letus Dionysius Gothofredus, ein Hubertus Griphanius, ein Samuel Stryk, ein Struv und ein Carpzow, ein Danz und ein Gensler, stattlich und dickbändig bei Lebzeiten, jetzt wurmstichig, verstaubt und spindeldürre! Sie haben unsichtbar uns belauscht, bis ihre Schatten deutlich wurden auf dem bleichen Nebelgrunde. Riesige Massen halten sie empor: alle dubia cameralia! wollen sie uns steinigen, ergrimmt über unser leichtfertig Geplausche, sondern Erfurcht vor dem, was war und ist und darum gut war und ist —? Unde vi! Noch Andere kommen: siehe da, ein Harpprecht, ein Pels von Sychlingahausen, ein Lin — — nein, der ist ja noch bei Leibesleben, wenn mir recht ist, — ein Leyser, ein Pittius, ein Linkefett! — O gnädigster Reichshofrath! die dunkeln Massen in den Händen der Schatten, es sind die Schatten ihrer gesammelten Folianten. Sie zielen — exceptio quod metus causa! — sie zielen nach unsern Köpfen. Gerechte Nemesis Carolina und Philippina! Wir sind verloren! — — Halt, was ist Das? Die Unholde wanken; ein fröhlicher Gesang erschallt, hören Sie nur:

„Den ich mit Grauen gefeilt, den Führer durch Moder-Archive."

Schmeiß' ich — — und ein mächtiger Schlüssel fliegt wuchtig unter die Schatten: jählings zerstieben sie. Gedankt sei Dir, milder Gajus! — Doch nicht: Der war es nicht. —. Haben Sie in den 30er und 40er Jahren an der Ruperto — Carola studirt, so haben Sie den Sänger und seinen Schlüssel, unseren Retter, wieder erkannt. — „Schweinsleder, langweiliges," schreit der fröhliche Geist, — hat er uns gemeint? Unmöglich, denn wir lassen unsere Werke in gepreßte Leinwand binden! Trösten wir uns, — es galt den fliehenden Schemen, und, sehen Sie nur! hohnlachend — leibhaftig wie der joviale Herr einst auf dem Katheder pflegte, spuckt er in die Lüfte. Weg die Köpfe vor solchem Schatten-„Spuck!" — O weh', mein Kopf — —, ei hab' ich denn geträumt? Wahrhaftig! — Wir waren Alle ja rein eingeschlafen. Aber ich habe mich nicht übel angestoßen an dem vertrackten Malstein da. Nun rasch fort von hier, in jedes beste Wirthshaus — ja so, ich bin noch ganz schlaftrunken! wir sind ja schon da, wir sind ja in unserem Kränzchen im Schwanen! — Verehrteste Herren, so geht es, wenn man bei Münchener Bier einen Vortrag halten soll und starke Zigarren dazu geraucht werden. Kann ich dafür, wenn ich schließlich dazu kam, den Säulenofen da neben mir für den leibhaftigen Malstein anzusehen und den furchtbaren Zigarrenqualm, den Sie gemacht, für einen Nebel und in diesem dann natürlich Sie, meine Herren, für lauter Stryke, Pelse, Gaile, Leyser u. s. w., — wofür ich nun recht sehr abbitte —? Aber Eines wollen wir festhalten: wir haben jetzt wenigstens das Schlagwort, das mir mein alter Lehrer und Meister in der Gunst des Augenblicks eingegeben! Davon in einer nächsten, zweiten und letzten Sitzung, wenn Sie mir noch einmal die Ehre schenken wollen.

Eisen.

122.

Zwei oberhofgerichtliche Entscheidungen aus der Lehre von der Bürgschaft.

I.

Die Klage auf Schadloshaltung, L.R.S. 2032. 1, kommt auch demjenigen Bürgen zu, welcher ohne Wissen des Schuldners für diesen die Bürgschaft übernommen hat.

In Sachen
des Bürgermeisters Bernhard Häusler

von Ringenbach, Oberamts Sigmaringen, Klägers, Appellaten, Oberappellanten
gegen
Ferdinand Rapp von Zollbruck, Gemeinde Renzingen, Amtsgericht Stockach, Beklagten, Appellanten, Oberappellaten,
Forderung betreffend,

hatte der Kläger behauptet, daß er sich für eine Schuld des Beklagten an das fürstlich Sigmaringen'sche Domänenärar im Betrag von 1809 fl. für von demselben ersteigertes Holz als Bürge und Selbstschuldner dargestellt habe, und nun auf Grund des L.R.S. 2032 Ziff. 1 Schadloshaltung verlangt, weil er von dem genannten Domänenärar auf Bezahlung jenes Kaufpreises bereits gerichtlich belangt worden sei.

In den Entscheidungsgründen zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 4. Juni 1868 ist ausgeführt:

Der Kläger behauptet zwar nicht, daß er sich auf Ansuchen oder aus Auftrag des Beklagten für dessen Schuld verbürgt habe, und es steht ihm deßhalb die Vertragsklage gegen den Letztern nicht zu. Da man sich jedoch auch ohne Wissen des Schuldners für denselben verbürgen kann, der L.R.S. 2032 aber zwischen diesen beiden Fällen nicht unterscheidet, und man daher um so weniger einen Unterschied in das Gesetz hineinlegen kann, als auch ein Bürge, welcher ohne Wissen des Schuldners die Bürgschaft für diesen übernimmt, unter Umständen ein nützliches Geschäft für diesen führt, so muß man die erhobene Klage zulassen.

Troplong, caut. Nr. 412. 17. 130. 528.

Der Beklagte hat aber widersprochen, daß der Kläger für ihn die Bürgschaft übernommen habe, indem er zur Begründung dieses Widerspruchs anführt, daß er, weil er wegen der Stellung der zugesagten Bürgschaft bei dem fürstl. Rentamt Anstände gefunden, mit seinem Schwiegervater Joseph Hahn in Deutwangen übereingekommen sei, daß dieser in den fraglichen Holzkauf statt des Beklagten eintrete, und daß er den Kaufpreis bezahle und einstweilen einen Bürgen stelle, und daß darauf der Kläger auf Ansuchen des Joseph Hahn für diesen die Bürgschaft für jenen Holzkaufpreis übernommen habe.

Der Kläger hatte hiernach den Beweis der vom Beklagten widersprochenen Thatsache zu führen; denn nur in soferne er sich für den Beklagten verbürgt zu haben beweisen kann, könnte er behaupten, daß er für diesen ein nützliches Geschäft geführt habe.

Die Frage ist aber hierbei nicht entscheidend, ob der Beklagte, in so lange er nicht von dem fürstl. Domänenärar von seiner Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrag freigelassen war, diesem Gläubiger gegenüber noch als Schuldner zu betrachten, ob er also diesem noch verpflichtet ist; denn diese Frage betrifft lediglich ein Rechtsverhältniß, welches zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner bestand, auf welches sich Kläger daher nicht berufen kann. Der Beklagte konnte, wenn er seine Verbindlichkeiten aus dem Kaufvertrag auf einen Dritten übertragen hatte, und deßhalb eines Bürgen nicht weiter bedurfte, daher sicher auch einen solchen nicht stellen wollte, die Abwickelung jenes Rechtsverhältnisses zwischen ihm und dem Gläubiger abwarten, ohne daß ein Dritter sich in dasselbe mit dem Erfolg einmischen konnte, den Beklagten, unter dem Vorgeben, hierdurch ein nützliches Geschäft für ihn geführt zu haben, gewissermaaßen gegen seinen Willen zu nöthigen, jenen Kaufvertrag selbst zu erfüllen.

Jedenfalls aber kann der Kläger sich auf jenes Rechtsverhältniß alsdann nicht berufen, wenn er sich überhaupt nicht für den Beklagten, sondern ausdrücklich für einen Andern, nämlich für den an der Stelle des ursprünglichen Käufers in den Kaufvertrag eingetretenen Joseph Hahn verbürgt hatte.

Den ihm obliegenden Beweis hat aber der Kläger nicht geführt, es ist vielmehr der Gegenbeweis erbracht worden rc.

II

Der Bürge kann zwar nicht neben dem liquidirenden Gläubiger aus der zur vollständigen Tilgung der Schuld unzureichenden Gantmasse des Schuldners die für Erfüllung seiner Bürgschaftsverbindlichkeit nöthigen Mittel zur Befriedigung des Gläubigers mit dem aus der Masse nicht beibringlichen Rest der Forderung für sich ansprechen, wohl aber darf der Bürge sich an die in Handen habende Deckung für seine Verbind-

lichkeit halten und deren Herausgabe an die Gantmasse verweigern.

L.R.S. 2032. 2. 2011. 2028.
§§. 717. 728 der Pr.O.

In Sachen
der Gantmasse der Verlassenschaft des Georg Seiler in Mannheim, Klägerin, Appellantin, Oberappellantin
gegen
Jakob Seiler-Bierling, Gastwirth zur goldenen Gans daselbst, und seine Ehefrau Elisabetha Seiler-Bierling, Beklagte, Appellaten, Oberappellaten,
Forderung betreffend,

hatten die Beklagten der Forderung der Gantmasse u. A. auch die Einrede der Wettschlagung von 7000 fl. entgegengehalten, welche sie als Bürgen des Gantmanns dem Kaspar Herding von Dackenheim, soweit er nicht aus der Gantmasse Befriedigung erhalte, werden zahlen müssen.

Dieser Einrede ward durch das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim, Civilkammer I., vom 22. Juni 1867, No. 2179, stattgegeben, welches die Klägerin unter Verfällung in 11/16tel der Kosten mit der Forderung von 13,335 fl. 14 kr. unter dem Vorbehalt abwies, daß der Klägerin die Summen wieder zu Gute kommen, welche Kaspar Herding von Dackenheim für seine Forderung von 7000 fl. aus der Gantmasse des Georg Seiler erhalte.

Hierdurch und durch das bestätigende Urtheil des Appellationssenats I. desselben Gerichtshofes vom 12. Dezember 1867, No. 5142, erachtete sich die klagende Gantmasse für beschwert.

Allein das großh. Oberhofgericht erließ am 23. Juni 1868 ein bestätigendes Urtheil, zu dessen Begründung ausgeführt ist:

Den Beklagten ist der Beweis gelungen, daß die Schuld von 7000 fl. für Wein von Georg Seiler herrühre, daß daher dieser nach L.R.S. 1216 vergl. mit 2028 ff. den Beklagten als seinen Bürgen für etwaige Zahlung Ersatz zu leisten habe.

Für diese, von dem Gläubiger Herding gegen die Gantmasse des Hauptschuldners liquidirte Forderung haben die Beklagten dem Gläubiger soweit zu haften, als er aus der Gantmasse nicht befriedigt wird.

Nach L.R.S. 2032 Ziffer 2 und 4 kommt den Beklagten deßhalb allerdings jetzt schon, bevor sie gezahlt haben, L.R.S. 2028, der Anspruch auf Schadloshaltung d. h. auf Befreiung von der Verbindlichkeit zu, aus eigenen Mitteln die Schuld des Georg Seiler zu zahlen.

Zachariä, fr. Civilrecht §. 426 Note 11 Bd. II. S. 549.

Zum Zweck dieser Befreiung sind die Beklagten berechtigt, sich Deckung für die Verbindlichkeit, an des Schuldners Stelle zahlen zu müssen, zu verschaffen.

Marcadé ad art. 2032 Nr. 300 T. g. p. 154.

So wenig sie nun das Recht haben, neben dem seine Forderung liquidirenden Gläubiger die gleiche Forderung an die Gantmasse des Hauptschuldners zu stellen,

Marcadé l. c. Nr. 286 p. 147. 148. III.,

so sehr sind sie im Rechte, wenn sie sich weigern, die Mittel, welche sie zur Deckung für ihre künftige Zahlung als Schuldner der Masse bereits in Händen haben, an die Gläubiger des Hauptschuldners herauszugeben.

Die Abweisung der klägerischen Gantmasse auch mit dem zu jener Deckung erforderlichen Betrag ihrer Forderung ist hiernach gerechtfertigt, da insofern eine Wettschlagung der Letztern mit dem Anspruch der Beklagten begründet ist. *)

Red.

123.

Rechtsfall aus dem Großherzogthum Baden.

Gerichtsstand auswärtiger Versicherungsgesellschaften.

Bäckermeister R. in H. schloß mit der Lebensversicherungsgesellschaft Germania am 9. Juni 1865 einen Versicherungsvertrag dahin ab, daß bei seinem Tod die Summe von 50,000 fl. an ihn, resp. seine Erben ausbezahlt werden sollte. Am 30. April 1866 starb derselbe und es entstand für seine Rechtsnachfolger die Nothwen-

*) In der Einrede der Beklagten ist eigentlich ein Innebehaltungsrecht (jus retentionis) geltend gemacht.

Ein solches Recht kommt zwar dem Gläubiger einer Gantmasse (einem Gantgläubiger) gegen diese nicht zu,

s. Annalen 1868 S. 153,

wohl aber darf kein Schuldner derselben es gegen sie ausüben. Die Beklagten sind als Schuldner des Gantmanns von der Gantmasse gerichtlich verfolgt worden, und als eventuelle Gläubiger des Gantmanns (sie sind nicht Gantgläubiger) in der Lage, das was sie an Vermögenstheilen Jenes besitzen, soweit nöthig zu ihrer Deckung zu verwenden, folgeweise der Gantmasse vorzuenthalten.

digkeit, gegen die Versicherungsgesellschaft die gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen*)

Es war nun zunächst zu untersuchen, bei welchem Gericht die Klage zu erheben sei, und es entschied sich der mit der Prozeßführung betraute Anwalt dahin, die Klage nicht bei dem in einem anderen deutschen Staate gelegenen ordentlichen Gerichtsstand der beklagten Gesellschaft, sondern bei dem Kreis- und Hofgericht Karlsruhe zu erheben.

Es hatte nämlich zur Zeit, als die beklagte Gesellschaft den Geschäftsbetrieb im Großherzogthum Baden begann, die Direktion der Gesellschaft an das großh. Ministerium des Innern unterm 19. Mai 1857 die Erklärung abgegeben, daß ihr damaliger in Karlsruhe ansässiger Generalagent „G." die Ermächtigung habe, in allen gerichtlichen Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und den Versicherten aus dem Großherzogthum Baden vor dem Gerichte seines Wohnsitzes Recht zu nehmen und Recht zu geben.

Die Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe erkannte Ladung auf die Klage, in welcher in kurzen Worten die Competenz dieses Gerichtshofes durch Berufung auf obenerwähnte Erklärung der Gesellschaftsdirektion begründet war. In der darauf folgenden schriftlichen und mündlichen Verhandlung schützte der Vertreter der beklagten Gesellschaft zunächst die Einrede der Unzuständigkeit vor, indem er zwar zugab, daß der frühere Generalagent „G." seiner Zeit allerdings von der Direktion die Ermächtigung erhalten habe, sich bei dem Gerichte seines Wohnsitzes auf Klagen badischer Versicherter einzulassen; er behauptete jedoch, daß der damalige Generalagent „G.", auf dessen Namen die frühere Ermächtigung von Seiten der Direktion ausgestellt gewesen, längst gestorben, daß die diesem ertheilte Vollmacht demnach erloschen sei, und daß endlich der jetzige Agent die Ermächtigung, die sein Vorgänger gehabt, von der Direktion nicht erhalten habe; es sei deßhalb ein besonderer Gerichtsstand in Karlsruhe nicht begründet, vielmehr verbleibe es bei der Regel: „actor sequitur forum rei," wozu noch überdies komme, daß in der vom verstorbenen „R." unterzeichneten Police (§. 17) das Gericht des Wohnsitzes der beklagten Gesellschaft ausdrücklich als das für alle Streitigkeiten competente Gericht bezeichnet sei.

Von klägerischer Seite wurde nun nicht in Abrede gestellt, daß der frühere Generalagent „G." inzwischen gestorben sei, nichtsdestoweniger wurde die Begründung der Competenz vor dem Gerichtshof in Karlsruhe aufrecht erhalten, indem ausgeführt wurde, die beklagte Gesellschaft habe die oben erwähnte Erklärung vom 19. Mai 1857 hauptsächlich deßhalb abgegeben, weil sie ohne Abgabe der Erklärung gar nicht befugt gewesen sei, General- und Unteragenten im Großherzogthum Baden aufzustellen und daselbst Verträge abzuschließen; daß sie daher jene Erklärung nur abgegeben, um einem gesetzlichen Erforderniß zu genügen, daß es deßhalb gar nicht darauf ankomme, ob der frühere Generalagent „G.", der in der Anzeige vom 19. Mai 1857 genannt ist, noch vorhanden sei oder nicht; auch die nachfolgenden Generalagenten müßten als unter den gleichen Bestimmungen wie der verstorbene „G." aufgestellt betrachtet werden. Es wurde auch noch der weitere Umstand geltend gemacht, daß die Anzeige der Gesellschaftsdirektion vom 19. Mai 1857 ihrem Wunsche entsprechend durch das großh. Ministerium des Innern in das allgemeine Anzeigeblatt eingerückt worden sei, und daß hierin eine Zusage (Pollicitation) liege dafür, daß die Gesellschaft gegenüber badischen Versicherten bei einem badischen Gerichte sich einlassen werde; daß diese Zusage außerdem noch in der bestimmten Absicht abgegeben und veröffentlicht worden sei, um der Gesellschaft eine größere Kundschaft aus dem Großherzogthum Baden beizuziehen. Endlich wurde auch noch darauf Gewicht gelegt, daß die beklagte Gesellschaft nach ihrer eigenen, bei den Akten des Ministeriums befindlichen Erklärung in die Rechte und Verbindlichkeiten einer früheren unter dem Namen „B." bestandenen Versicherungsgesellschaft eingetreten sei, welche Letztere ebenfalls ihren Generalagenten zur Einlassung bei dem Gerichte seines Wohnsitzes in Baden ermächtigt gehabt habe, woraus dann hervorgehe, daß man der Erklärung der beklagten Gesellschaft vom 19. Mai 1857 keine beschränkte Auslegung angedeihen lassen dürfe, wenn darin auch speciell nur der verstorbene Generalagent „G." genannt sei.

Nachdem die mündlichen Verhandlungen geschlossen waren, erkannte die Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe:

„die Einrede der Unzuständigkeit des diesseitigen Gerichtshofs sei als unbegründet zu verwerfen

---

*) Siehe Annalen 1867 No. 30 Ziff. 100 S. 234. Red.

und die beklagte Gesellschaft in die deßfallsigen Kosten zu verurtheilen."

Die Entscheidungsgründe sind folgende:

„Die beklagte Gesellschaft wendete vor Allem ein, daß das diesseitige Gericht unzuständig sei, und bezieht sich dabei auf §. 17 der beiderseits anerkannten allgemeinen Versicherungsbedingungen, welcher allerdings in Abs. 1 bestimmt:

„Alle Streitigkeiten, zwischen der Gesellschaft und dem Versicherten gehören vor das königliche Kreisgericht zu St . . . . ."

In Absatz 2 dieses Paragraphen ist aber weiter bemerkt:

„Die Gesellschaft kann in einzelnen Ländern den Gerichtsstand ihres Hauptagenten als den ihrigen anerkennen, mit der Wirkung, daß sie dort bei allen Streitigkeiten mit Versicherten des betreffenden Landes Recht zu geben und zu nehmen hat."

Mit Recht wird nun von den Klägern behauptet, daß im vorliegenden Fall Abs. 2 hier maaßgebend, und demzufolge das diesseitige Kreisgericht, als der ordentliche Gerichtsstand des Wohnsitzes des Generalagenten, das zuständige sei.

Es ist nämlich nach den, klägerischer Seits angerufenen und von der beklagten Gesellschaft anerkannten Acten des großh. Handelsministeriums unbestritten, daß „J. G." von der beklagten Gesellschaft im Jahre 1857 als Generalagent aufgestellt worden ist, und daß bei dieser unterm 19. Mai 1857 gemachten Anzeige dem großh. Ministerium die Erklärung abgegeben worden ist, es sei von ihr diesem Generalagenten die Ermächtigung ertheilt worden, in allen zur gerichtlichen Entscheidung gelangenden Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft „G." und Versicherten aus dem Großherzogthum Baden, Namens der Gesellschaft vor seinem Gericht im Großherzogthum Baden Recht zu nehmen und zu geben.

Ueber die Auslegung dieser Erklärung herrscht Streit, indem die beklagte Gesellschaft in derselben nur eine ihrem damaligen Generalagenten „G." ertheilte Ermächtigung gegeben zu haben behauptet, welche mit dessen Tod im Jahre 1858 erloschen sei, während die Kläger der Ansicht sind, daß damit die Gesellschaft „G." ganz allgemein, ihren Gerichtsstand zur Entscheidung ihrer Streitigkeiten mit versicherten Badenern hier zu nehmen, sich verpflichtet habe.

Das großh. Ministerium des Innern, beziehungsweise jetzt das großh. Handelsministerium, dem nunmehr an Stelle des Ersteren die Oberaufsicht über diese Versicherungsgesellschaft zusteht (vergleiche Verordnung vom 19. April 1860, Reggsbl. No. 22 und 29. Juni 1860 Reggsbl. No 34), hat die gedachte Erklärung der Gesellschaft „G." nie anders, als in dem, klägerischer Seits derselben gegebenen Sinn aufgefaßt, wie sich aus dem Inhalt der angerufenen Acten, insbesondere auch aus seinem jüngsten in Abschrift mitgetheilten Erlaß vom 11. Dezember 1866, No. 6077, ergibt.

Durch dieselben Acten ist aber auch hergestellt, daß die Beklagte mit ihrer Erklärung vom 19. Mai 1857 denselben Sinn verbunden hat.

Die Gesellschaft „V.," welche 1857 in der Gesellschaft „G." aufgegangen ist, hat nämlich dieselbe Erklärung am 29. November 1855 dem großh. Ministerium abgegeben, und dieses am 19. Mai 1857 dahin erläutert:

„daß sie damit für alle im Großherzogthum Baden geschlossenen Versicherungen ein besonderes Domicil in Karlsruhe habe begründen wollen."

Diese Erklärung, auf welche die Gesellschaft „G." in ihrer Eingabe an großh. Staatsministerium vom 19. Mai 1857 ausdrücklich Bezug nimmt, hat die Beklagte zur ihrigen gemacht, indem sie ausdrücklich die von der Direktion der Gesellschaft „V." gegebene Darlegung bestätigte.

Die Beklagte kann deßhalb jetzt nicht die Einlassung auf die gegen sie dahier erhobene Klage verweigern, und war somit gemäß §. 344 und 169 der Pr.O. wegen der Kosten, wie geschehen, zu erkennen."

Gegen dieses Urtheil ergriff die beklagte Gesellschaft die Appellation an den Appellationssenat des großh. Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe, indem sie sich durch die Auslegung, welche der Anzeige der Gesellschaftsdirection vom 19. Mai 1857 von der Unterinstanz zu Theil geworden war, beschwert fühlte.

Bei der am 20. März 1867 stattgehabten Appellationsverhandlung wurden von beiden Theilen im Wesentlichen dieselben Gründe und Gegengründe angeführt, so daß eine Wiederholung derselben nicht nothwendig ist.

Der Appellationssenat bestätigte das Erkenntniß der unteren Instanz, indem er seinem Erkenntniß folgende Entscheidungsgründe voranschickte:

Die Entscheidungsgründe der I. Civilkammer zu den angefochtenen Erkenntnissen vom 17. Dezember 1866 werden auch diesseits angenommen, und wird denselben hinsichtlich der Entscheidung über die Einrede der Unzuständigkeit noch Folgendes beigefügt:

„Der appellantische Vertreter hat bei der heutigen mündlichen Verhandlung geltend gemacht, die Eingaben der Gesellschaft „V." an das großh. Ministerium des Innern, beziehungsw. das großh. Staatsministerium vom 29. November 1855 und vom 19. Mai 1857, sowie jene der Gesellschaft „G." vom 19. Mai 1857 enthielten nur eine Ermächtigung von Seiten der betreffenden Gesellschaft an den Generalagenten „G.", nicht aber einen Vollzug dieser Ermächtigung, eine Verpflichtung der betreffenden Gesellschaft gegenüber Dritten. Diese Anschauung ist jedoch nicht gerechtfertigt. Allerdings constatiren die genannten Eingaben eine solche Ermächtigung an den Generalagenten, also einen Vorgang zwischen der Gesellschaft und einem ihrer Geschäftsagenten, und geht auch der Wortlaut der Verfügung des großh. Ministeriums des Innern vom 11. Dezember 1855 an die Kreisregierungen, sowie der öffentlichen Bekanntmachung des genannten Ministeriums vom 2. Juni 1857 zunächst nur auf Bekanntmachung der Ermächtigung des Generalagenten, in allen zur gerichtlichen Entscheidung geeigneten Streitigkeiten zwischen der betreffenden Gesellschaft und Versicherten aus dem Großherzogthum Baden vor den inländischen (badischen) Gerichten Recht zu nehmen und zu geben; allein schon die untergerichtlichen Entscheidungsgründe heben diejenigen Stellen der oben erwähnten Eingaben hervor, aus welchen geschlossen werden muß, daß die Gesellschaft nicht blos die fragliche Ermächtigung ertheilt habe, sondern daß es auch ihr Wille war, Dritten gegenüber sich zu verpflichten, in Streitigkeiten mit Versicherten aus dem Großherzogthum Baden vor den badischen Gerichten Recht zu nehmen und zu geben.

In dieser Hinsicht ist außer den vom Untergericht hervorgehobenen Stellen noch bemerkenswerth, die Stelle in der Eingabe vom 29. November 1855:

„Um den Einwohnern der auswärtigen Länder, in welchen wir Versicherungen abschließen, alle nur wünschenswerthen Garantieen dafür zu bieten, daß wir mit der solidesten Gewissenhaftigkeit den von uns übernommenen Verpflichtungen nachkommen werden, und um ihnen denselben Rechtsschutz, welchen sie für ihre übrigen Rechtsverhältnisse genießen, auch für ihre rechtlichen Ansprüche an unsere Bank zu gewähren, pflegen wir in auswärtigen Staaten den Gerichtsstand unseres Generalagenten unserer Bank für alle etwaigen Streitigkeiten mit Versicherten anzuerkennen," —

welcher Stelle sich dann als eine Folge dieser Uebung der Beschluß der Vertreter der Gesellschaft „V." über die Ertheilung der fraglichen Ermächtigung an ihren Generalagenten anschließt.

Von ganz besonderer Bedeutung aber ist der Umstand, daß in der Eingabe vom 29. November 1855; „um diesem Beschlusse rechtliche Existenz und von dieser den Unterthanen des Großherzogthums Baden genügende Kenntniß zu geben," um officielle Veröffentlichung des erwähnten Beschlusses mit der Sanktion des großh. Ministeriums, und daß sodann in der Eingabe der Gesellschaft „G." vom 19. Mai 1857 ebenfalls um officielle Veröffentlichung des betreffenden Beschlusses dieser in die Verbindlichkeiten der Gesellschaft „V." eingetretenen Gesellschaft gebeten wird. Damit gaben die genannten Gesellschaften zu erkennen, daß sie nicht etwa blos einen das Verhältniß der Gesellschaft zu ihrem Geschäftsagenten berührenden Vorgang zur Kenntniß bringen wollten, sondern sie gewährleisteten damit unmittelbar allen Versicherten aus dem Großherzogthum Baden den Gerichtsstand vor den badischen Gerichten; eine solche erbetene officielle Veröffentlichung hätte, wollte man ihr nicht diesen Sinn beilegen, sonst keine entsprechende Bedeutung gehabt.

Auch mußten die genannten Gesellschaften sich offenbar wohl bewußt sein, daß die Unterwerfung unter die badischen Gerichte als eine unabweisliche Bedingung ihrer Zulassung zum Geschäftsbetrieb im Großherzogthum Baden von der maaßgebenden badischen Behörde betrachtet werde, und

daß sie also, um diese Zulassung zu erreichen, sofort und unumwunden diese Unterwerfung erklären müßten. Wenn die beklagte Gesellschaft daher in die Police vom 9. Juni 1865 über die Lebensversicherung des Bäckermeister R. im §. 17 —, welcher mit §. 5 des unterm 15. April 1857 von dem königlich pr. Minister des Innern genehmigten Geschäftsplan der Gesellschaft „G." ganz gleichlautend ist — sowohl die Regel des Gerichtsstandes vor dem kgl. pr. Kreisgericht zu „St." (Abs. 1) als die auf ihre Thätigkeit in nicht „pr....'schen" Ländern bezügliche Abweichung hievon (Abs. 2) aufgenommen hat, so hat sie damit, entsprechend den oft genannten Erklärungen vor der badischen Behörde und den Veröffentlichungen derselben, für Streitigkeiten aus der fraglichen Versicherung mit den Versicherten den Gerichtsstand ihres Generalagenten anerkannt.

Es ist klar, daß an dieser Unterwerfung unter die badischen Gerichte auch nicht etwa (wie in der heutigen Verhandlung von dem appellantischen Vertreter auszuführen gesucht wurde), durch den Erlaß des großh. Handelsministeriums vom 28. Dezember 1863 eine Aenderung eingetreten ist; dieser Erlaß gibt nicht die früher bereits von der Gesellschaft „G." gegebenen Garantieen auf, sondern fordert nur keine neuen.

Wenn nach dem Bisherigen die beklagte Gesellschaft überhaupt Dritten gegenüber den Gerichtsstand im Großherzogthum Baden, und zwar jenen ihres Generalagenten, anerkannt hat, so tritt hieran auch keine Aenderung dadurch ein, daß in der Person des Generalagenten ein Wechsel stattgefunden, und selbst (wie beklagter Seits behauptet wird) zeitweise in dem Großherzogthum Baden von der Gesellschaft „G." gar kein Generalagent angestellt war.

Aus diesen Gründen erfolgte die Bestätigung der angefochtenen Erkenntnisse und gemäß §. 169 und 170 der Pr.O. die Verfällung der beklagten Gesellschaft in die Kosten des zweiten Rechtszuges."

Klingel, Anwalt in Heidelberg.

124.

Das Amtsverbrechen, welches durch Verübung eines gemeinen Verbrechens im Amt begangen ward, ist auch dann im Urtheil als Amtsverbrechen zu bezeichnen, wenn durch das verübte gemeine Verbrechen an sich keine höhere Strafe, als Kreisgefängniß von 3 Monaten verschuldet ist. §. 703 des Str.G.B.

J. A.S.
gegen
Heinrich Waßmer von Höchenschwand,
wegen Diebstahls,

war die Nichtigkeitsbeschwerde des großh. Staatsanwalts dagegen gerichtet, daß das Diebstahlsvergehen des Angeklagten — obschon unter Mißbrauch seines Dienstes als Nachtwächter verübt, in Folge einer unrichtigen Auslegung des §. 703 des Str.G.B. nicht dem Verweisungsbeschlusse gemäß als „Amtsverbrechen" bezeichnet worden sei.

§§. 373 Ziff. 7. 375, Ziff. 2 der Str.Pr.O.

Das großh. Oberhofgericht erkannte am 1. August 1868 diese Beschwerde, welcher nach Ansicht des §. 183 Ziff. 9 eine practische Bedeutung nicht abgesprochen werden könne, als zulässig und begründet, da zwischen dem Thatbestande des Verbrechens, wie es sich nach dessen einzelnen Merkmalen darstellt, und zwischen den im Gesetz aufgestellten Bedingungen seiner Strafbarkeit unterschieden werden müsse, und ergänzte das Urtheil des großh. Kreisgerichts Waldshut, Strafkammer, vom 9. Juni 1868, Nr. 2983, besagend:

> „Der Angeklagte Heinrich Waßmer von Höchenschwand sei des gemeinen unter dem Erschwerungsgrunde des §. 385 Ziff. 10 des Str.G.B. verübten Diebstahls im Betrage von mindestens 4 Kreuzern für schuldig zu erklären und deßhalb zu einer durch 3 Tage Hungerkost geschärften Amtsgefängnißstrafe von drei Wochen, sowie zur Tragung der Kosten des Strafverfahrens und der Urtheilsvollstreckung zu verurtheilen,"

dahin, daß der Angeklagte zugleich eines Amtsvergehens für schuldig zu erkennen und in die Kosten des Rechtsmittels zu verfällen sei.

Die Entscheidungsgrunde lauten:

Wenn §. 703 des Str.G.B. bei Amtsverbrechen, die durch Verübung gemeiner Verbrechen im Amte begangen werden, bezüglich des Ausspruchs der Strafe der Dienstentlassung zwischen den Fällen, in welchen durch das gemeine Verbrechen eine mehr als 3 monatliche Kreisgefängnißstrafe verwirkt ist, und denjenigen unterscheidet, wo eine geringere Ahndung eintritt, wenn er ferner in diesen letzteren Fällen die Strafe der Dienstentlassung für das Amtsverbrechen nicht eintreten läßt, so hebt diese Bestimmung bezüglich der Bestrafung, nicht das Vorhandensein der Concurrenz desselben mit dem im Amt verübten gemeinen Verbrechen auf, kann also keinen Einfluß auf die durch §. 250 Ziff. 1 der StrP.O. gebotene Bezeichnung des Verbrechens im Urtheile äußern.

Es erscheint sonach nicht als gerechtfertigt, wenn die Strafkammer — von der Ansicht ausgehend, der Character des Amtsverbrechens komme nur in jenem ersteren Falle zur Geltung, dagegen habe im letzteren Falle der Mißbrauch des Amtes nur die Bedeutung eines Strafausmessungsgrundes, nicht nur unterlassen, das betreffende Verbrechen zugleich als Amtsverbrechen zu bezeichnen, sondern dessen Eigenschaft als solches selbst ausdrücklich bestritten hat.

Das Urtheil mußte hiernach gemäß §. 385 Abs. 2 durch Aufnahme der von der Strafkammer ausgelassenen Bezeichnung der That als Amtsverbrechen ergänzt werden. Bezüglich der Kosten entscheidet §. 426 Abs. 2 der Str.P.O. Red.

125.

Ueber die sogenannte Nachpfändung.

Eine in diesen Blättern beinahe gar nicht besprochene, in der Praxis, so viel mir bekannt, verschieden beantwortete und nicht unwichtige Frage aus dem Vollstreckungsverfahren ist die, ob bei, von verschiedenen Gläubigern nach einander erwirkten Pfändungsverfügungen (sogenannten Nachpfändungen) der zur vollständigen Befriedigung aller dieser Gläubiger nicht hinreichende Erlös aus den gepfändeten Fahrnißstücken auf Jene pro rata ihrer Forderungen vertheilt wird, oder ob die zuerst aufgetretenen Gläubiger den Erlös zur gänzlichen Befriedigung ihrer Forderungen in Anspruch nehmen und die erst nachfolgenden vollständig ausschließen. In der letztern Richtung hat in neuer Zeit das großh. Amtsgericht Baden aus dem Grund entschieden, weil die Gläubiger, welche nachgepfändet hatten, von dem Recht der Einsprache des §. 967 der Pr.O. Gebrauch zu machen, unterlassen haben.

Dieser Entscheidung steht der Justizministerialerlaß vom 3. Oktober 1854 (siehe Verordnungsblatt des Unterrheinkreises No. 24 oder S. 1013 der neuen Civilgesetzgebung des Großherzogthums Baden, Ausgabe von Bensheimer) zur Seite, welcher in bestimmter Weise die oben aufgestellte Frage in Ziff. 3 und 4 dahin beantwortet:

> „Sind hiebei (nämlich wenn ein zweiter betreibender Gläubiger, nachdem für einen ersten Gegenstände schon gepfändet sind, Pfändung erwirkt) keine oder keine genügende weitere Pfändungsgegenstände vorhanden, so hat der Gerichtsvollzieher dem Schuldner den neuen Vollstreckungsbefehl mit der Eröffnung zuzustellen, daß die schon vorher in Folge des zu bezeichnenden ältern Vollstreckungsbefehls gepfändeten Fahrnisse nunmehr auch zu Gunsten des nachgekommenen Gläubigers gepfändet seien.
>
> Mit abschriftlicher Zustellung des über die Pfändung aufgenommenen (nach §. 888 der Pr.O. erforderlichen) Protokolls bemerkt der Gerichtsvollzieher dem Gläubiger, zu dessen Gunsten die Nachpfändung vorgenommen wurde, daß ihm, sofern er nicht etwa noch vor dem Steigerungstage nach §. 967 der Pr.O. eine andere richterliche Verfügung beibringe, nur der nach Befriedigung des ersten Gläubigers verbleibende „Ueberrerlös werde zugewiesen werden."

Trotz dieses Erlasses, der legis auctoritatem für sich nicht in Anspruch nehmen kann, halte ich jene Entscheidung für unrichtig und sei es mir erlaubt, im Folgenden Gründe für die entgegengesetzte Entscheidung der Frage hervorzuheben.

(Schluß folgt.)

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Oct. 1868. No. 8.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 8.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat October 1868.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Donnerstag den 1. October.	
50	Koch gegen Striegel. — Forderung.	v. Engelberg. — Geißmar.
69	Stourdza gegen Schweigert. — Besitzstörung.	Bertheau.
	Dienstag den 6. October.	
58	Wagner gegen Wagner. — Nutznießungsrecht	Grimm. — Fürst.
	Donnerstag den 8. October.	
48	Ackenheil gegen Schück. — Entschädigung.	Scholl. — Eckhard.
53	Sching gegen Glasfabrik Offenburg. — Vertragserfüllung.	Ettlinger.
	Dienstag den 13. October.	
61	Schlayer gegen Förster. — Forderung.	Schulz. — Eller.
62	Melder gegen Schott. — Erbvermächtniß.	Wedekind. — Esser.
	Donnerstag den 15. October.	
70	Haag gegen Rebmann. — Forderung.	Strauß. — Grimm.
57	Eisenbahn-Commission gegen Dittler. — Zwangsabtretung.	J. Gutmann. — Kohlhagen.
	Dienstag den 20. October.	
59	Löffler gegen Walter-Claus. — Vertragsaufhebung.	Grimm. — Wedekind.
56	Oberlenzkirch gegen v. Fürstenberg. — Holzabgabe.	Näf. — Wedekind.
	Donnerstag den 22. October.	
67	Kohler gegen v. Schauenburg. — Wegrecht.	Eller.
	Dienstag den 27. October.	
76	Böckmann gegen Ultramarinfabrik. — Entschädigung.	Eller. — v. Feder.
72	Huber gegen Duffner. — Wasserrecht.	Buch. — Geißmar.
	Donnerstag den 29. October.	
64	Eckert gegen Billharz. — Forderung.	Wedekind. — Eckhard.
68	Welte gegen Welte. — Erbtheilung.	Eller. — Esser.

Verlag von J. Bensheimer in Mannheim.



P. P.

Vielfachen Wünschen nachzukommen, finde ich mich veranlasst, die in meinem Verlage befindlichen beiden juridischen Zeitschriften auf kurze Zeit im Preise herabzusetzen:

Jahrbücher des Oberhofgerichts, Bd. I. — XX. auf	fl. 17.	30 kr.
Einzelne Bände der alten Folge in 4° Bd. I. — VII. à	fl. —	48 kr.
„ „ „ neuen „ „ 8° Bd. VIII. — XX. à	fl. 1.	30 kr.
Annalen der grossh. bad. Gerichte, Bd. I. — XXX. (1833 — 1864)	fl. 35.	— kr.
Einzelne Bände von Bd. I. — XVI. à	fl. 1.	12 kr.
Einzelne Bände von Bd. XVII. — XXX. à	fl. 1.	45 kr.

Von einzelnen Bänden ist nur ganz geringer Vorrath vorhanden, daher ich in der Lage bin, nur auf kurze Zeit obige billige Preise gelten zu lassen, jedenfalls erlöschen solche mit Ende dieses Jahres.

Indem ich bitte gefällige Aufträge mir baldigst zuzusenden, bemerke ich, dass beim Bezuge durch Buchhandlungen solche berechtigt sind, Porto und Provision zu beanspruchen.

Mannheim, den 1. September 1868.

Hochachtungsvoll

J. Bensheimer.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. **No. 19.**

(Schluß von Art. 125.)

Vor Allem tritt uns auf dem Gebiet, auf dem wir stehen, der Grundsatz des L.R.S. 2093 entgegen; derselbe erklärt das sämmtliche active Vermögen eines Schuldners für das gemeinschaftliche Unterpfand aller Gläubiger, dessen Erlös, wenn es verkauft ist, unter den Letztern verhältnißmäßig getheilt wird. Hievon soll nur im Fall einer rechtmäßigen Ursache eine Ausnahme gemacht werden, und für diese rechtmäßige Ursache erklärt das Gesetz (L.R.S. 2094) nur die Vorzugs- und Unterpfandsrechte.

Dadurch nun, daß lediglich die frühere Erwirkung einer Pfändungsverfügung (ohne Hinzutritt des Zuschlags bei der Versteigerung) ein Recht auf vorzügliche Befriedigung constituiren soll, wird ein neues Vorzugsrecht geschaffen, dessen Existenz schon längst durch die landrechtlichen Grundsätze negirt ist.

Der L.R.S. 2093 kann doch wohl nur beim Vollstreckungsverfahren wirksam werden und gerade da will man ihn nun, nachdem er durch die Vorzugs- und Unterpfandsrechte schon hinlänglich beschnitten ist, nochmals durch den neu aufgestellten Satz illusorisch machen!

Es würde dadurch ein neues Vorzugsrecht gebildet, das aber nicht in der Eigenschaft der Forderung (wie unsere Vorzugsrechte), sondern nur in der Zeit der Geltendmachung des Forderungsrechts, beziehungsweise des Gesuchs um Pfändungsverfügung seinen Entstehungsgrund hätte.

Der Grundsatz: prior tempore, potior jure, kann hier nicht ändernd eintreten. Einmal hat er nur Geltung bezüglich der vor Geltendmachung der Forderung schon constituirten Unterpfandsrechte, namentlich also bei dem Hypothekensystem. Wollte man ihn aber auch ausdehnend anwenden und namentlich auch auf die Fahrnißvollstreckung übertragen, wie es der fragliche Justizministerialerlaß wirklich thut, so stehen diesem Versuch die landrechtlichen Bestimmungen über die Fahrnisse bestimmt entgegen. Bei ihnen gilt schon der Besitz als Rechtstitel, selbst der ältere Rechtstitel muß dem jüngern Rechtstitel, welcher den faktischen Besitz für sich hat, weichen (L.R.S. 1141), um so weniger aber wird der Umstand ein stärkeres Recht auf ein Fahrnißstück schaffen können, daß man vor einem andern Gläubiger um Pfändung nachgesucht und sie erwirkt hat. Es wird nun allerdings in den Annalen Band XVIII. (Jahr 1851) S. 329 nachzuweisen versucht, daß durch die Pfändung ein Besitzrecht entstehe; allein das Oberhofgericht theilt, wie in einer Redaktionsbemerkung dem citirten Aufsatz beigefügt ist, diese Ansicht nicht. Das dadurch entstehende Recht ist eben ein aus dem allgemeinen Pfandrecht des L.R.S. 2093 fließendes, das wohl hauptsächlich zunächst nur in einem Hoffnungsrecht auf den Erlös aus dem zu verkaufenden Fahrnißstück besteht, soweit der L.R.S. 2093, es nicht durch die gleichen Rechte Anderer einschränkt. Auch im gemeinen Recht ist der Pfändungsbefehl nur das das Pfandrecht begründende Moment, das Pfandrecht selbst beginnt erst mit dem Besitz, dieser wird nicht durch jenes geschaffen.

S. Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses §. 50 S. 578.

l. 26 §. 1 Dig. de pig. act. (13. 7.) Sciendum tamen, ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem.

Es würde in Folge der Annahme eines durch den Pfändungsbefehl constituirten Pfandrechts der L.R.S. 2093, nachdem er einmal wirksam geworden ist, alsbald in seinen Folgen wieder durch den bestrittenen Justizministerialerlaß negirt, indem der letztere die Theilung des Erlöses aus den Fahrnissen pro rata im Fall der Nachpfändung verbietet, das Gesetz aber sie vorschreibt.

Ist nun noch kein Besitzrecht erworben, so kann der frühere Gläubiger sich über einen spätern, der zugleich mit ihm Befriedigung pro rata seiner Forderung erlangt, wegen einer gesetzwidrigen Verkürzung nicht beklagen, denn es war bisher nur das Pfandrecht der L.R.S. 2093 wirksam, und eben dieses will, was auch der später mit dem Pfändungsgesuch aufgetretene Gläubiger erlangt hat.

Anders wird das Rechtsverhältniß vom Zeitpunkt des Zuschlags bei der Versteigerung. Mit dem Verkauf der gepfändeten Fahrnisse, welcher ein öffentlicher und mit dem Steigerungszuschlag perfekt geworden ist, ist das Pfandrecht im vollsten Maaße wirksam. Wenn auch ein eigentlicher Besitz nicht mehr eingeräumt wird, wie bei der gemeinrechtlichen pignoris capio, so ist doch der Erlös der verkauften Fahrnisse vollständig an deren Stelle getreten, er befindet sich nur noch in der Hand eines gerichtlichen Hüters. Dies ist also der Zeitpunkt von dem an für andere Gläubiger die rechtliche Möglichkeit, aus dem Erlös der gepfändeten Fahrnisse Befriedigung zu verlangen, aufhört.

Ich zweifle nun nicht, daß sich gegen diese meine Argumentation, welche sich hauptsächlich auf dem Gebiet civilrechtlicher Grundsätze bewegt, Manches, namentlich vom prozessualischen Standpunkt wird einwenden lassen.

Ich versuche es daher, auch noch einen prozessualischen Grund für die von mir vertheidigte Ansicht in's Feld zu führen.

Das Recht zur Erhebung der Einsprache des §. 967 Ziff. 2 der Pr.O. ist in §. 968 der Pr.O. gestattet bis zu dem Zeitpunkt, wo das Vollstreckungsverfahren beendet ist, d. h. bis zum *Versteigerungs-Zuschlag*, und der Erfolg ist, daß wer von dem Einsprachsrecht zur rechten Zeit Gebrauch macht, *mit den andern* Gläubigern, denen sowohl, welche die Vollstreckung erwirkt, als auch denen, welche noch vor ihm Einsprache erhoben haben, Befriedigung pro rata der Forderung erhält, vorausgesetzt, daß von keiner Seite ein Vorzugsrecht beansprucht worden ist.

Ich begreife nicht, warum der, welcher später, aber noch vor dem Steigerungszuschlag *Einsprache erhebt*, besser gestellt sein soll, als der, welcher später als Andere, aber auch noch *vor* dem bezeichneten Zeitpunkt *nachpfändet*; ich begreife es aber namentlich nicht, wenn ich mir unter dem, Einsprache erhebenden Gläubigern einen denke, der noch nicht einmal eine liquide Forderung hat, das Vollstreckungsverfahren also hemmt bis zu Liquidstellung seiner Forderung; und unter dem Nachpfändenden einen, welcher schon längst ein Liquiderkenntniß erwirkt hat und zufällig nur etwas später nachpfändet? Nach dem Justizministerialerlaß würde der Erste noch mit Andern pro rata befriedigt. Der Letzte könnte vollständig durchfallen. Ich finde hierin eine Unbilligkeit, die zu wollen, ich einem Gesetz nicht unterstellen darf. Und das Gesetz hat es auch nicht gewollt. Die Motive zum §. 1072 der Pr.O. vom Jahr 1841, dem jetzigen §. 967, sagen unter Anderm von der Hinaussetzung der Einsprachsfristen:

> „Wollte man der Pfändung die Wirkung der römischen pignoris capio geben und damit ein Pfandrecht bestellen, so wäre damit ein richterliches Unterpfand auf *Fahrnisse* gegeben, welches von dem Begriffe des richterlichen Unterpfands, wie er in L.R.S. 2123 liegt, abweichen würde. *Man hat es bedenklich gefunden, eine solche Aenderung im System des Unterpfandrechts vorzunehmen.* Man hat es vorgezogen, einen festen *Punkt* zu geben, von welchem an gerechnet, jede Einsprache eines Dritten ausgeschlossen ist."

Diese Punkte werden nun im Folgenden für beide Fälle des §. 967 der Pr.O. bestimmt, und zwar sind für den ersten Fall, wo der Einsprachskläger Vorzugsrechte beansprucht, der *wirkliche Besitz*, für den zweiten Fall aber, wo dies nicht der Fall ist, die *Beendigung des Vollstreckungsverfahrens* die, der Einsprache Dritter ein Ziel setzende Punkte. S. Thilo's Prozeßordnung S. 684.

Eine solche Aenderung im Vorzugs- und Unterpfandsrecht, wie sie die Motive erwähnen und wie sie die *Prozeßordnung vorzunehmen aus guten Gründen sich gescheut hat*, beabsichtigt aber der angegriffene Justizministerialerlaß und führt jede Entscheidung durch, welche die nachpfändenden Gläubiger den vorpfändenden nachsetzt.

Wenn überhaupt die Ziff. 2 des §. 967 solche Gläubiger im Auge hat, die schon vorher ihre Forderungen liquid gestellt haben und vor der Schwelle der Vollstreckungsinstanz angelangt sind, so entspricht es einzig und allein unsern civil- wie prozessualrechtlichen Grundsätzen, wenn die rechtzeitige Nachpfändung der rechtzeitigen Erhebung der Einsprache vollständig gleich gestellt wird, und dies ist es auch, was dem aequum jus sicher am meisten entspricht.

B. Baumstark,
Referendär in Baden-Baden.

Anmerkung der Redaktion.

Gegen die in diesem Aufsatze verfochtene Ansicht dürfte sich doch wohl einwenden lassen:

Der Gläubiger, welcher Fahrnisse seines Schuldners für seine Forderung pfänden läßt, erwirkt für sich Beschlag auf dieselben, L.R.S. 2217 a. b. d §. 885 der Pr.O. und das Recht, diese Fahrniß zur Tilgung seiner Forderung verkaufen zu lassen, L.R.S. 2217 e. Die gepfändeten Fahrnisse werden zu Gunsten dieses betreibenden Gläubigers in öffentlichen Gewahrsam genommen, L.R.S. 2217 a §§. 881. 883. 884. 886. 606. 2 der Pr.O., zu dem Zwecke, um dem Schuldner das Veräußerungsrecht zu nehmen und die Ausübung dieses Rechts auf das Gericht für den betreibenden Gläubiger zum Zweck seiner Befriedigung zu übertragen. L.R.S. 1166. 2264 a §. 883 der Pr.O. Das Veräußerungsrecht, welches der Schuldner an den gepfändeten Fahrnissen nicht mehr ausüben darf, kommt auch seinen übrigen Gläubigern an seiner Stelle nicht mehr zu, L.R.S. 1166. Hieraus folgt, daß zu Gunsten eines Gläubigers, welcher Pfändung auf Fahrnisse seines Schuldners erwirkt, nachdem einzelne Fahrnißstücke desselben für einen anderen Gläubiger bereits in Beschlag genommen sind, nicht mehr auf diese bereits für einen Dritten in Beschlag genommenen, sondern nur noch auf die übrigen Fahrnisse des Schuldners gegriffen werden kann. Reichen diese zu seiner Befriedigung nicht hin, oder sind überhaupt keine zugreifbaren Fahrnisse mehr vorhanden, so kann der nachgekommene Gläubiger entweder auf Grund des §. 967 Abs. 2 Einsprache gegen die ausschließliche Befriedigung des ersten Gläubigers erheben oder nach §§. 970. 971 der Pr.O. auf Vergantung des Schuldners antragen, vergl. 729 der Pr.O.

Unterläßt er dieses, so muß er sich eben mit dem begnügen, was für ihn übrig geblieben ist. Sero venientibus ossa!

Es versteht sich von selbst, daß der später betreibende Gläubiger immer auch noch auf diejenige Fahrniß oder denjenigen Rest des Erlöses, welche zur Befriedigung de früher zur Vollstreckung gelangten nicht mehr nöthig waren, greifen kann; aber von einer verhältnißmäßigen Theilung des Gesammterlöses kann nur da die Rede sein, wo dieselben Fahrnisse den gemeinschaftlichen Gegenstand der Vollstreckung bilden, wie im Gantverfahren §. 729 der Pr.O., oder beim Zusammentreffen der Eröffnungen verschiedener Vollstreckungsverfügungen nach Zeit und Zugriffsobjekt, vrgl. L.R.S. 2147. 2218 a. 3.

Der L.R.S. 2093 kann auf successive Vollstreckungen keine Anwendung finden. Er bezeichnet zwar das Vermögen des Schuldners als gemeinschaftliches Zugriffsobjekt sämmtlicher Gläubiger und anerkennt deren Recht auf verhältnißmäßige Befriedigung aus jenem Vermögen, aber natürlich nur so weit sie gleichzeitig darauf greifen und im Gegensatz zu den Vorrechten einzelner Vorzugs- oder Unterpfandsgläubiger. L.R.S. 2094.

126.

Auslegung eines Vermächtnisses.

Am 21. Januar 1866 starb die Wittwe des Küfers K. in der mit der evangelischen Diaconissenanstalt zu Karlsruhe verbundenen Heilanstalt, in welche sie im März 1865 auf Betreiben ihrer Verwandten krankheitshalber verbracht, und in der sie gegen Entrichtung einer für das Winterhalbjahr auf 2 fl., für das Sommerhalbjahr auf 1 fl. 30 kr. festgesetzten Tagesgebühr bis zu ihrem Tode verpflegt worden war.

In ihrem Nachlasse fand sich ein eigenhändiges Testament vom 10. November 1857. Ein gleichfalls vom 10. November 1857 datirter Nachtrag zu diesem letzten Willen besagt: „Der Person, welche mich während meiner Krankheit bis zu meinem Tode verpflegen wird, vermache ich 400 fl."

Die evangelische Diaconissenanstalt, welcher durch höchste Entschließung aus großh. Staatsministerium vom 28. Mai 1858 Körperschaftsrechte verliehen worden sind, nahm dieses Vermächtniß von 400 fl. als Legatarin für sich in Anspruch, und begehrte, von dem Verwaltungsrathe statutengemäß vertreten, die Ausfolgung desselben von den Erbnehmern. Die Staatsgenehmigung zur Annahme des Vermächtnisses war durch Erlaß großh. Ministeriums des Innern vom 3. Januar 1867 ertheilt worden.

Die Beklagten bestritten unter Anderem die der letztwilligen Verfügung von der Klägerin gegebene Auslegung, indem sie behaupteten, der Inhalt der ersteren berechtige die Letztere nicht zu dem gestellten Ausfolgungsbegehren.

Durch Urtheil der Civilkammer und des großh. Appellationssenats wurde die Klage abgewiesen. Die, in zweiter Instanz adoptirten, auf die Auslegung bezüglichen

Entscheidungsgründe

lauten:

— — Bei der Beurtheilung des letzteren Einwands

kommt es lediglich auf die Prüfung der Frage an, ob nach dem muthmaaßlichen Willen der Erblasserin die Diaconissenanstalt diejenige Person ist, welche das Vermächtniß von 400 fl. erhalten soll. Diese Frage ist, sowohl nach dem Wortlaute, als nach dem Sinn der Verfügung zu verneinen. Allerdings ist die Diaconissenanstalt, weil mit Corporationsrechten ausgestattet, nach dem rechtswissenschaftlichen Sprachgebrauche „eine Person;" daß aber die Erblasserin dieses Wort in dieser Bedeutung gebraucht haben sollte, kann im Hinblick auf ihre persönlichen Verhältnisse keineswegs angenommen werden. Das Vermächtniß soll ferner derjenigen Person zugedacht sein, welche die Erblasserin verpflegt. Nun kann man nur in ganz uneigentlichem Sinn sagen, daß eine Anstalt, in welcher Kranke verpflegt werden, selbst verpflegt, denn die Verpflegung wird im Auftrage der Anstalt von physischen Personen vorgenommen.

Was die Absicht der Erblasserin anbelangt, so ging dieselbe dahin, diejenige Person zu belohnen, welche ihr während der Krankheit bis zum Tode Liebesdienste erweist, Liebesdienste, die sich, der Natur der Sache nach, je nach dem Grade der Pflichttreue und der Aufopferung des Spendenden wesentlich verschieden gestalten, und eben deßhalb Anlaß zu besonderer Belohnung geben. Auch diese Absicht deutet auf den Willen, eine mit Bewußtsein handelnde, d. h. eine physische, Person zu bedenken.

Hiezu kommt, daß das Testament schon im November 1857 verfaßt, und daß die Wittwe K. erst im März 1865 in die Heilanstalt verbracht worden ist, und zwar nicht auf eigenes Betreiben, sondern auf Betreiben ihrer Verwandten, — Umstände, welche wesentlich geeignet sind, die Annahme zu unterstützen, daß die Erblasserin die Honorirung einer Verpflegungsanstalt nicht beabsichtigt hat.

Endlich ist in Betracht zu ziehen, daß im Zweifel für den Erbnehmer und gegen den Stückvermächtnißnehmer zu entscheiden ist. (Zachariä §. 714) Wenn der kl. Anwalt vorgetragen hat, die Wittwe K. sei in der Anstalt von Diaconissinnen verpflegt worden, und jeder von Diesen gemachte Vermögenserwerb gehöre der Anstalt, so kann dies hier nicht weiter in Betracht kommen. Die Klage ist darauf gegründet, daß die Diaconissenanstalt die in der letztwilligen Verfügung unmittelbar bedachte Person sei. Ueber diese Frage, und nicht darüber, ob eine, oder ob mehrere, bestimmt zu bezeichnende, Diaconissinnen das Vermächtniß erworben und in Folge des Verhältnisses, in welchem sie zu der Anstalt stehen, auf diese übertragen haben, ist nach Maaßgabe der erhobenen Klage verhandelt und entschieden worden." — Dr. Gebhard.

127.

Die Forderungen der Gantgläubiger, welche zusammen ein Rechtsmittel gegen das Ganturtheil ergreifen, können nach §§. 15 Ziff. 5. 99. 814. 1105 im Eingang und Ziff. 3. 1151 d. Pr.O. zur Herstellung der Ordinationssumme zusammengerechnet werden.

Die einmalige nur zur Vertretung liegenschaftlicher Rechte des Mündels erforderliche Ermächtigung des Vormunds genügt zur Prozeßführung in allen Instanzen.

L.R.S. 464.

§§. 10 d. 12 der Dienstweisung für Vormünder.

Der Gläubiger, zu dessen Gunsten eine Ehefrau auf ihr Vorrecht verzichtet, oder die Sammtverbindlichkeit übernimmt, hat ihr Unterpfandsrecht gegen concurrirende Gläubiger nicht anzusprechen.

J. S.

mehrerer Gläubiger, Liquidanten,

gegen

die Gantmasse des Engelwirths Joh. Zimmermann von Wembach, Liquidatin, —

hier des Hauptlehrers Flum von Ehrsberg und des Anton Locherer von Utzenfeld, jetzt dessen Erben: Engelwirth Emil Locherer von da und Reinhold Locherer von da, Letzterer unter Vormundschaft des Kaufmanns Joh. Locherer von Schönau, Mitliquidanten, Appellanten, Oberappellanten

gegen

den Handelsmann Meier-Meier von Müllheim, Mitliquidanten, Appellaten, Oberappellaten,

Vorrang im Pfandrecht betr.

beschwerten sich die Oberappellanten Hauptlehrer Flum und Anton Locherer, jetzt dessen als solche anerkannte Erben Reinhold und Emil Locherer, Ersterer unter Vormundschaft des J. Locherer gegen das im zweiten Rechts-

zuge bestätigte Ganturtheil des großh. Amtsgerichts Schönau vom 25. November 1865 deßhalb, weil sie mit ihren durch richterliches Unterpfand gesicherten Forderungen an die Gantmasse in Ordnung III. (Ziff. 12. Ziff. 15 und Ziff. 16) dem Pfandgläubiger Meier-Meier von Müllheim nachgesetzt wurden, statt Vorrang vor dem Letztern oder doch gleiche Befriedigung zu erlangen.

Am 22. Dezember 1866 änderte das großh. Oberhofgericht die Urtheile der beiden Vorderinstanzen, soweit dagegen von Hauptlehrer Flum und Anton Locherer's Erben die Oberappellation ausgeführt wurde, unter Verfällung des Oberappellaten Meier-Meier in die Kosten des zweiten Rechtzugs, soweit sie nicht bereits dem Johann Suppinger und Eduard Böhler zur Last gesetzt sind, und in alle Kosten des dritten Rechtszugs, dahin ab:

> „daß die Bestimmung „nach Befriedigung des Meier-Meier“ am Schlusse der auf Hauptlehrer Flum bezüglichen Ordnungszahl 12 und 15, sowie der auf Anton Locherer bezüglichen Ordnungszahl 16 des Ganturtheils wegfällt.

Gründe:

In Bezug auf Flum, dessen drei betreffende Forderungen sammt Zinsen für sich 1000 fl. nicht ganz erreichen, wurde die Zulässigkeit der Oberappellation nach Pr.O. §. 1151 beanstandet. Es kommt jedoch dem Oberappellanten die nach Pr.O. §. 1153 und dem Eingang des §. 1105 auch im vorliegenden Fall anzuwendende besondere Bestimmung des §. 15 Ziff. 5 der Pr.O. die Zusammenrechnung der Gesammtansprüche mehrerer als Kläger oder Beklagte zusammen auftretenden Personen betreffend, zu gut, indem diese Bestimmungen auf jederlei Streitgenossen, nicht blos auf die engeren Streitgenossen des §. 98, sondern auch auf die weitern des §. 99 zu beziehen ist, und im Sinne des Gesetzes und nach dem allgemein angenommenen Grundsatz auch auf einen Fall, wie der gegenwärtige Anwendung findet, indem die beiden Oberappellanten jedenfalls im zweiten, wenn nicht schon im ersten Rechtszuge als Streitgenossen in einem solchen Rechtsverhältniß zusammenstanden, wie der §. 15 Ziff. 5 voraussetzt.

In Bezug auf die Vertretung des minderjährigen Reinhold Locherer, welche der Oberappellat unter Hinweis auf §. 13 der Dienstweisung für die Waisenrichter vom Jahr 1864, Reggsbl. S. 792, und auf früher geltende Gesetze und Verordnungen, (Beilage D. zum Organisations-Rescript vom Jahr 1809, §. 12 und Instruction für Vormünder v. J. 1838, §. 6) in unbestimmter Weise beanstandet hat, kommt in Betracht, daß nach Inhalt des L.R.S. 464 und nach §. 81 des Gesetzes über die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom Jahr 1864 eine weitere Ermächtigung hier überall gesetzlich nicht erforderlich erscheint. — Vergl. auch die neue Dienstweisung für Vormünder vom Jahre 1864, Reggsbl. S. 469 ff. §. 10 — 12.

Was nun aber die Sache selbst betrifft, so sind die Oberappellanten dadurch, daß M. Meier, wie geschehen, ihnen vorgesetzt wurde, allerdings für beschwert zu achten.

Es steht nämlich zwar fest, daß dem genannten M. Meier für seine durch richterliches Unterpfandsrecht gesicherte unbestrittene Forderung von 8040 fl. sammt Zinsen in einer Notariats-Urkunde vom 13. Oktober 1863 die Johann Zimmermanns Ehefrau mit Ermächtigung ihres Ehemanns nicht blos die Sammtverbindlichkeits-Uebernahme, sondern auch eine ausdrückliche Verzichtleistung auf ihre eheweiblichen Vorrechte („Vorzugsrechte“) gewährte, während die gleichartigen Zugeständnisse der genannten Ehefrau zu Gunsten der Oberappellanten zunächst nur in Privaturkunden, Handschriften &c. ausgesprochen wurden, welche Urkunden hinsichtlich ihres Datums bestritten sind, und daß ferner von den angeführten Handschriften nur die zweite und dritte, dem Oberappellanten Flum ausgestellte, vom November 1859 und Februar 1861 außer der Sammtverbindlichkeits-Uebernahme auch noch eine ausdrückliche Verzichts-Erklärung der Ehefrau auf ihre eheweiblichen Vorrechte enthalten.

Demungeachtet aber ist der dem M. Meier in den angefochtenen Urtheilen zuerkannte Vorrang vor den Oberappellanten nicht als begründet anzusehen.

Vor Allem ist bei Würdigung der beiderseitigen Ansprüche zu beachten, daß auch dem M. Meier nach Inhalt der von ihm beigebrachten öffentlichen Urkunde eine förmliche Uebertragung der Ersatzforderung der Ehefrau mit dem damit verbundenen gesetzlichen Unterpfandsrechte, oder auch nur ihrer Vorrechte, soweit die Abtretung der Letzteren als Zugehörde des damit gesicherten Hauptrechtes ohne gleichzeitige Uebertragung der Forderung

selbst überhaupt als gesetzlich zulässig angesehen werden kann, und ebenso eine bewirkte Subrogation, ein Eintritt in die Rechte der Ehefrau, im Sinne der L.R.S. 1249 — 1252 keineswegs zur Seite steht.

Ein bloser Verzicht auf die Geltendmachung der eheweiblichen Vorrechte kann noch nicht als eine Uebertragung oder Abtretung der fraglichen Vorrechte selbst gelten, auch wenn er zu Gunsten eines bestimmten Gläubigers geschehen ist. Er ist auch einer Subrogation in seinen Wirkungen nicht ganz gleichzustellen, sofern er nicht etwa von solchen Umständen begleitet war, woraus sicher und unzweideutig entnommen werden kann, daß dieses in der Absicht beider Theile lag. Im Zweifel ist immer eher zu unterstellen, daß die Verzichtleistung nicht in einer, etwaige weitere Verzichtleistungen zu Gunsten anderer Gläubiger ausschließenden Weise erfolgte, und es kann demgemäß die verzichtleistende Ehefrau, da sie ihr ganzes Vorrecht selbst nicht aufgegeben hat, in der Folge, so lange ihr Vorrecht besteht, auch noch andern Gläubigern, namentlich Unterpfandsgläubigern, gleiche Vergünstigung mit dem Erfolg einräumen, daß auch den Letzteren der Verzicht, Jedem nach dem Range seines Unterpfandsrechts (L.R.S. 2134. 2135), zu gut kommt.

Vergl. L.R.S. 784 Satz 1.

Wenn die neueste französische Gesetzgebung, im Gesetz vom 23./26 März 1855, von abweichenden Grundsätzen ausging und insbesondere in Art. 9 vorschreibt, daß in Fällen, in welchen die Ehefrau ihr gesetzliches Unterpfandsrecht abtreten oder darauf verzichten kann, die Abtretung oder Verzichtleistung in öffentlicher Urkunde geschehen und der Act in das Pfandbuch eingeschrieben werden muß, um gegen Dritte zu wirken, und daß in dieser Beziehung der Tag des Eintrags das Rangverhältniß bestimmt, und wann diese Grundsätze zum Theil an Ansichten sich anschlossen, die schon früher in der französischen Rechtsübung und Rechtslehre vertreten waren

(vrgl. Aubry et Rau, cours de droit civil §. 288. §. 288 bis. 2 do. 4 do., auch Troplong, des privil. et hypoth. No. 595—609),

so hat dagegen für Baden diese neue Gesetzgebung keine Geltung und die darin angenommenen Grundsätze sind im Code Napoléon selbst, sowie im badischen Landrecht nicht begründet. Sie haben auch in Baden niemals allgemein Eingang gefunden.

Vergl. die Bemerkungen von Trefurt und Stabel im Beiblatt Nr. 6 S. 21 ff. des Jahrg. 8 und Beiblatt No. 4 S. 13 des Jahrg. 9 der Annalen, ferner Oberhofgerichtliche Jahrbücher, Bd. 20 (neue Folge Bd. 13) S. 262 ff., auch Stempf, Gantverfahren, Auflage 2 §. 72 in Vergleichung mit der Abhandlung von Trefurt in Jahrgang 5 S. 213 der Annalen, Jahrg. 5 S. 231 und Landbard's Rechtsfälle Bd. 1 S. 294—296.

Aus der besonderen Vorschrift des L.R.S. 780 Ziff. 1, vergl. mit L.R.S. 786, worauf sich der oberappellatische Anwalt berief, läßt sich die rechtsübertragende Wirkung eines einfachen Verzichts der Ehefrau auf ihre Vorrechte zu Gunsten eines Gläubigers nicht ableiten.

Der Uebernahme der Sammtverbindlichkeit von Seiten der Ehefrau ist aber wenigstens unter Verhältnissen, wie sie hier vorliegen, im Wesentlichen die gleiche Wirkung beizulegen, wie einem solchen ausdrücklichen Verzichte; die Gewährung einer Uebertragung des Rechts, beziehungsweise eines Eintritts in das Recht der Ehefrau selbst, liegt ebensowenig in dem letzteren Falle vor, als im ersteren Falle, in welchem der Grundsatz des L.R.S. 1166, sowie auch des L.R.S. 2180 a dem Gläubiger zu Statten kommt, und ihm mittelbar die gleiche Berechtigung sichert.

Vergl. die oberhofgerichtlichen Jahrbücher am angeführten Orte S. 264.

Troplong desgl. Nr. 603.

Es ist deßhalb schon aus diesem Grunde zu einer Bevorzugung der Forderung M. Meiers kein genügender Grund vorhanden und es kommt auf die Zeit der Verzichtleistung hier gar nicht an, da vielmehr nur der Tag des eingetragenen Unterpfandsrechts nach L.R.S. 2134 maaßgebend erscheint. Der Mangel des sichern Datums der betreffenden Handschriften der Oberappellanten verliert hiernach seine Bedeutung, indem abgesehen vom bestrittenen Datum die in Frage stehenden Rechtsgeschäfte insgesammt zugestanden sind.

Wollte man übrigens auch, der entgegenstehenden Ansicht gemäß, annehmen, daß die Zeit der Verzichtleistung der Ehefrau, und in dieser Hinsicht das sichere Datum entscheiden (die Aufnahme einer öffentlichen Urkunde über die Verzichtleistung selbst als Voraussetzung ihrer Wirksamkeit gegen Dritte ist nach der bestehenden Gesetzgebung keines Falls erforderlich, und ebensowenig die Eintragung des Verzichts im Pfandbuch, da das Gesetz

weder unmittelbar noch in folgerichtiger Ableitung aus anerkannten Sätzen dieselben vorschreibt), so würde immerhin wegen der von dem Oberappellanten Flum angerufenen frühern Liquid-Erkenntnisse vom 7. Dez. 1859 und 18. April 1861, welche zugleich gegen die sammtverbindliche Ehefrau gerichtet waren und im Pfandbuch eingetragen wurden, sowie wegen des für Anton Locherer angerufenen Liquid-Erkenntnisses (Zahlungsbefehls) und Protokolls vom 20. Februar 1862, in welch letzterem schon die sammtverbindliche Mithaftung der Ehefrau erwähnt ist, in Verbindung mit dem späteren auch gegen die Ehefrau gerichteten Liquiderkenntniß vom 19. Mai 1864, wozu die, wenn gleich erst während des Gantverfahrens wiederholt abgegebene, bestätigende, den Umständen nach glaubwürdige Erklärung der Johann Zimmermanns Ehefrau und ihres Ehemanns vom 11. Mai 1865 in Bezug auf Flum sowohl als Locherer kommt, auch das Erforderniß des sichern Datums, gemäß L.R.S. 1328, zu Gunsten der Oberappellanten als vorhanden anzusehen sein.

Der Umstand, daß die erwähnten gerichtlichen Vorgänge nicht ausdrücklich auf die Verzichtleistung der Ehefrau Bezug nehmen, ist nach dem Obigen und bei der sich im Allgemeinen ergebenden richterlichen Ueberzeugung ohne erhebliche Bedeutung. Pr.O. §. 583 Abs. 2.

Hiernach ist die Beschwerde der Oberappellanten begründet, und das angefochtene Urtheil dahin abzuändern, daß die beschwerende Bestimmung, wonach Flum und Locherer dem M. Meier nachzusetzen ist, in Ordnungszahl 12 und 15, sowie 16 des Ganturtheils wegzufallen hat.

Die Kosten des zweiten und des dritten Rechtszugs sind nach Pr.O. §. 168 169 dem M. Meier als unterliegendem Theil zur Last zu legen; was jedoch die Kosten des zweiten Rechtszugs betrifft, mit Rücksicht darauf, daß in Bezug auf die Mitappellanten Suppinger und Eduard Böhler das Urtheil zweiten Rechtszugs in Kraft bleibt, unter entsprechender Beschränkung. Red.

128.

Cassationsfall.

Eine unter der Herrschaft des älteren Militärstrafrechts als Kameradendiebstahl abgeurtheilte Entwendung kann, sofern sie nach §. 41 des nun geltenden provisorischen Gesetzes vom 6. April 1868 über die Militärstrafrechtspflege nur disciplinarisch zu bestrafen wäre, nicht als ein den Rückfall begründender Straffall (Str.G.B. §§. 184. 384) angesehen werden.

Johann Seiler von Minden, Gemeinde Sinzheim, in den letzten Jahren Soldat, jetzt Reservist, sonach gemäß §. 22 des Wehrgesetzes den bürgerlichen Gerichten unterstehend, am 29. Mai 1841 geboren, wurde

1) wegen einer am 1. Juni 1854 verübten Entwendung von 7 fl. 12 kr. an baarem Gelde und damit begangenen gemeinen Diebstahls durch Urtheil des großh. Amtsgerichts Baden (welches die zur Unterscheidung der Strafbarkeit nöthige Ausbildung — Str.G.B. §. 79 — als vorhanden annahm) vom 6. Okt. 1854 mit 12tägiger Amtsgefängnißstrafe,
2) wegen einer im Mai 1863 begangenen Entwendung eines Stückchens Wachs (Taschenwachs) im Werthe von einem Kreuzer zum Nachtheil des Soldaten Windisch und damit begangenen Kameradendiebstahls, zugleich Rückfalls in den Diebstahl durch standgerichtliches Urtheil vom 20. Juni 1863 mit 16tägigem, durch Kostschmälerung und Krummschließen geschärftem Dunkelarreste,
3) wegen einer im Oktober 1867 verübten Unterschlagung von 2 fl. 12 kr. und damit begangenen Rückfalls in ein gleichartiges Vergehen durch standgerichtliches Urtheil vom 18. Dezember 1867 mit viertägigem Dunkelarreste

bestraft.

Er entwendete nun am 3. Mai l. J. in der Wirthschaft des Bierbrauers Rief in Lichtenthal einen Würfelbecher und drei Würfel im Werthe von 48 Kreuzern.

Das großh. Kreisgericht Baden als Abtheilung der Strafkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg verurtheilte ihn daraufhin am 5. Juni l. J. (unter gleichzeitiger Freisprechung von der Anschuldigung zweier anderen Entwendungen) wegen dritten Diebstahles zu einer durch 8 Tage Hungerkost geschärften Arbeitshausstrafe von sechs Monaten oder vier Monaten in Einzelhaft und zu einjähriger Stellung unter Polizeiaufsicht.

Die Staatsanwaltschaft am großh. Kreisgericht Baden ergriff hiegegen zu Gunsten des Angeklagten die

Nichtigkeitsbeschwerde, indem sie geltend machte, daß der Straffall Ziff. 2 im Hinblick auf §. 41 des prov. Gesetzes vom 6. April l. J. über die Militärstrafrechtspflege (Rggsbl. No. 25) *nicht* als einen Rückfall begründend, gelten könne, und daß dann auch der Straffall Ziff. 1 im Hinblicke auf die Bestimmung des §. 201 des Str.-G.B. bei der Rückfallsberechnung nicht in Betracht komme.

Das großh. Oberhofgericht trat der staatsanwaltschaftlichen Ansicht bei, indem es unter dem 4. Juli l. J. das Urtheil des großh. Kreisgerichts Baden aufhob und den Seiler wegen gemeinen Diebstahls unter 25 Gulden und zugleich Rückfalls in ein gleichartiges Vergehen (Ziff 3) unter Anrechnung eines Theils der erstandenen Untersuchungshaft als Strafe zu einer durch zwei Tage Hungerkost geschärften Amtsgefängnißstrafe von acht Tagen verurtheilte.

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe lauten wie folgt:

Die von der großh. Staatsanwaltschaft zu Gunsten des Angeklagten gegen das Erkenntniß der Strafkammer ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde ist nach Str.P.O. §§. 373 [7]. 375 [2] zulässig und vollkommen begründet.

Mit Unrecht hat nämlich die Strafkammer angenommen, daß das standgerichtliche Urtheil vom 20. Juni 1863 bei der *jetzigen* Lage der Gesetzgebung als ein, einem späteren Vergehen die Rückfallseigenschaft verleihendes, gerichtliches Strafurtheil zu betrachten sei.

Jenes Urtheil erklärte den Angeklagten eines durch Entwendung eines Stückes Wachs (inhaltlich der betreffenden Akten s. g. Taschenwachs) im Werthe von einem Kreuzer begangenen Kameradendiebstahls, zugleich des ersten Rückfalls in den Diebstahl für schuldig, und sprach deßhalb eine durch Hungerkost und Krummschließen geschärfte Dunkelarreststrafe von 16 Tagen gegen ihn aus. Nach dem provisorischen Gesetze vom 6. April l. J. die Militärstrafrechtspflege betreffend, welches mit dem 1. Mai l. J. in Wirksamkeit trat, §. 41 wird der Soldat „der einem Kameraden, welchem mit ihm aus dienstlicher Veranlassung ein gemeinschaftlicher Aufenthaltsort angewiesen ist, Eßwaaren, Getränke, Tabak, oder Gegenstände zur Reinigung oder zum Ausbessern der Sachen, zum eigenen Gebrauch ohne Anwendung von Gewalt an Sachen entwendet oder veruntreut, das erste Mal nur disciplinarisch bestraft.“ Daran, daß diesem gemäß §. 66 der Verfassungsurkunde erlassenen provisorischen Gesetze, welchem gegenüber selbstverständlich die aus den §§. 64. 67 der Verfassungsurkunde abfließenden Befugnisse der Kammern der Landstände vorbehalten bleiben, dermalen von dem Richter dieselbe Wirksamkeit beigelegt werden muß, wie einem mit ständischer Zustimmung zu Stande gekommenen Gesetze, kann ein Zweifel *nicht* bestehen. Wenn nun aber das *geltende* Gesetz bestimmt, daß ein Vergehen, wie das durch das erwähnte standgerichtliche Urtheil vom 20. Juni 1863 abgeurtheilte, *nicht* gerichtlich als Diebstahl, sondern in *milderer* Weise nur *disciplinarisch* bestraft werden solle, so kann es unmöglich dem Willen eben dieses Gesetzes entsprechen, daß unter *seiner* Herrschaft einem während des Bestehens der *älteren* Gesetzgebung erlassenen und von der *härteren* Anschauung derselben ausgehenden Urtheile die, gemäß des Str.G.B. §. 184 [1] nur einem *gerichtlichen* Urtheile zukommende Wirkung, einen Rückfall zu begründen, beigelegt werde. Die eben über die Nothwendigkeit der Anwendung des neueren milderen Gesetzes dargelegte Anschauung ist bekanntermaaßen auch bei Entscheidung der mit Einführung der Strafgesetzgebung des Jahres 1845 vielfach entstandenen, der vorliegenden ähnlichen, Fragen herrschend geworden. Die Wirkung, einen Rückfall zu begründen, kann dem Urtheile vom 20. Juni 1863 auch dadurch *nicht* erhalten werden, daß man sich, wie dies Seitens der Strafkammer inhaltlich der Entscheidungsgründe zu dem nun angefochtenen Erkenntnisse geschieht, auf die Vorschrift des §. 477 des Str.G.B, wonach die erste und zweite Entwendung eines Gegenstandes im Werthe von unter einem Gulden nur als Polizeifrevel zu bestrafen ist, wenn nicht schon eine gerichtliche Bestrafung wegen Diebstahls, Unterschlagung oder Betrugs vorausging und auf die am 6. Oktober 1854 wegen Diebstahl von baarem Gelde im Betrage von 7 fl. 12 kr. eingetretene Bestrafung beruft; denn der §. 41 des provisorischen Gesetzes vom 6. April l. J. verfügt keineswegs, daß in *den* Fällen, auf welche er sich erstreckt, blos *dann* disciplinarisch bestraft werden solle, wenn überhaupt noch keine gerichtliche Bestrafung wegen Diebstahles oder eines ähnlichen Verbrechens vorangegangen sei, sondern daß jedes in seinen Bereich fallende Vergehen, sofern es *das erste Mal* verübt werde, abgesehen von den Ausnahmen, daß die That unter Anwendung von Gewalt an Sachen oder von einem Unterofficiere begangen sei, *nicht* der ge-

richtlichen Strafe, sondern nur der disciplinarischen Ahndung unterliege.

Ist nun aber dem Bisherigen zufolge der durch Urtheil vom 20. Juni 1863 bestrafte Fall als einen Rückfall begründend nicht in Anschlag zu bringen, so kann auch der unter dem 6. Oktober 1864 abgeurtheilte nicht in solcher Weise in Betracht kommen, da gemäß Str.G.B. §§. 200 201 der Umstand, daß zehn Jahre von Verübung des im Jahre 1854 abgeurtheilten Vergehens abliefen, ohne daß der damals Verurtheilte sich eines neuen Verbrechens, welches als dem früheren gleich oder gleichartig zu betrachten wäre, schuldig machte, die rechtliche Möglichkeit ausschließt, die Straffälle der Jahre 1867 1868 als Rückfälle in das im Jahr 1854 verübte und bestrafte Vergehen anzusehen.

Allerdings erscheint aber das im laufenden Jahre 1868 begangene Vergehen der Entwendung eines Würfelbechers und dreier Würfel im Werthe von 48 Kreuzern als Rückfall in das im Jahr 1867 verübte und bestrafte gleichartige Vergehen der Unterschlagung.

Hiernach ist die Verurtheilung des Angeklagten wegen dritten Diebstahles im Sinne des §. 384 [1] des Str.G.B. nicht begründet und war derselbe nur des gemeinen Diebstahls unter 25 fl. (Str.G.B. §. 377 [1]) und eines damit begangenen Rückfalls in ein gleichartiges Vergehen (Str.G.B. §§. 183 und ff.) für schuldig zu erklären. *)

Es mußte demnach das auf dritten Diebstahl lautende Urtheil der Strafkammer aufgehoben und gemäß Str.P.O. §. 385 diesseits das der Sachlage entsprechende Urtheil erlassen werden.

Bei Feststellung der Strafe war neben den Bestimmungen des Str.G.B §§. 477 [4]. 187. 188. 150. 151 [1]. 480 der Umstand zu berücksichtigen, daß die Untersuchungshaft durch das in Folge des Urtheils der Strafkammer nothwendig gewordene Nichtigkeitsverfahren ohne des Angeklagten Verschulden nicht unbeträchtlich verlängert wurde und war demgemäß nach Str.G.B. §. 156 ein Theil jener Haft als Strafe anzurechnen.

Aus diesen Gründen, sowie nach Str.P.O. §. 426 wegen der Kosten, mußte, wie geschehen, erkannt werden.

Roßhirt.

*) Vergl. Annalen 1866 Ziff. 109 S. 239 Note.

Annalen 1868 No. 19.

129.

Der Eintrag des Vollstreckungsbefehls (§. 925 der Pr.O.) gibt dem betreibenden Gläubiger selbst dann kein Unterpfandsrecht, wenn der Eintrag auf seinen Antrag geschehen ist.

Annalen XI. (1843) S. 56. 272.
" IX. S. 276.
Jahrbücher n. F. VIII. S. 168.

Das großh. Oberhofgericht hat in den Entscheidungsgründen zu seinem Urtheil vom 11. August 1848, Nr. 1483, I. Senat, J. S. Büchner gegen Bender, Vorzugsrecht betreffend, ausgesprochen, daß der Eintrag einer Vollstreckungsverfügung in das Pfandbuch selbst dann, wenn solcher auf unmittelbaren Antrag des Gläubigers, sohin nicht von Amtswegen geschehen wäre, zur Begründung oder Bewahrung eines richterlichen Unterpfandsrechts nicht geeignet sein würde, weil der Eintrag keineswegs ein Urtheil, welches zufolge L.R.S. 2123, ein durch den Eintrag zu bewahrendes richterliches Unterpfandsrecht begründen würde, sondern eine, von dem richterlichen Urtheil wohl zu unterscheidende, blose Vollstreckungsverfügung zum Gegenstande hat.

Red.

130.

Ueber Vergehen in den Hauptverhandlungen der Strafgerichte.

Die meisten deutschen Gesetze über das Verfahren in Strafsachen enthalten Bestimmungen, wonach entweder — und zwar zumeist — dem Vorsitzenden des Gerichts oder dem Gerichte als solchem — nach einigen Gesetzen, z. B. dem preußischen §. 180, unter Mitwirkung des Staatsanwalts — die Polizei der Sitzungen übertragen ist, d. h. das Recht, Störungen der Verhandlung sofort entgegen zu treten und beziehungsweise solche zu ahnden. *) Die deßhalb zu ergreifenden Maaßregeln richten sich gegen alle Personen, welche die Sitzung stören, insbesondere gegen den Angeklagten, den Vertheidiger, sowie gegen dritte Personen, sei es, daß letztere z. B. als Zeugen, Sachverständige 2c.

*) Vergl. Cassel, Gesetz vom 31. October 1848 §. 41, Preußen §. 180, Darmstadt Art. 310—313, Nassau Art. 298—300, Baiern Art. 142. 184. 185. 228, Württemberg Art. 115. 242, Oesterreich §. 244. 245. 226, Hannover §. 168, Thüringen Art. 231. 288, Sachsen Art. 228. 329.

zur Verhandlung zugezogen, oder als unbetheiligte Zuhörer erschienen sind, mit Ausnahme jedoch der Richter selbst, des Staatsanwalts, des Protocollführers und der Geschworenen, einmal weil diese zum Gerichte selbst im engeren oder weiteren Sinne gehören, sodann weil für diese meist besondere Bestimmungen vorgesehen sind.

Jene disciplinäre Gewalt ist von den meisten Gesetzen noch weiter ausgedehnt, so daß sogar eigentliche Vergehen und Verbrechen, welche in der Sitzung begangen wurden, dem Gerichtshof zur sofortigen Untersuchung und Aburtheilung überwiesen sind.

Plank, Strafverfahren §. 155.

Oppenhoff, preußisches Strafverfahren zu §. 180.

Unser Gesetz unterscheidet nun bezüglich der in der Sitzung vorkommenden Störungen:

I. Gerichtspolizeilich zu ahndende Störungen (§ 229. 260 und 261 der Str.P.O.):

1) Verletzungen der dem Gerichte schuldigen Achtung, Zeichen des Beifalls oder der Mißbilligung werden mit Erinnerung, Verweis, Fortweisung oder Festnehmung durch den Präsidenten geahndet, welcher auch den Sitzungssaal räumen lassen kann.

Verordnung vom 12. März 1849 (Reggsbl. Nr. 13) StrP.O. §. 261.

2) Die Ausübung der Disciplin gegen Anwälte in Gerichtssitzungen ist in der Verordnung vom 2. Juli 1851 (Reggsbl. Nr. 38) näher geregelt.

3) Nach §. 260 der Str.P.O. kann der Angeklagte, wenn er die Ordnung der Verhandlung in auffallender Weise stört und, der Ermahnung des Vorsitzenden ungeachtet, dieses nicht unterläßt, auf Verfügung des Gerichts in das Untersuchungsgefängniß abgeführt werden.

4) Wenn eine Störung in der Sitzung durch einen der sonst Anwesenden geschieht, so kann der Vorsitzende nicht nur dessen Entfernung aus dem Sitzungssaale befehlen, sondern unter Umständen sogar denselben in das Gefängniß abführen und bis zu 24 Stunden daselbst verwahren lassen. Str.P.O. §. 261.

Ueber die Fortdauer der Gültigkeit der erwähnten Verordnungen, vergl. Dr. Puchelt in Annalen XXX. S. 254, O.H.G. in Annalen XXXI. S. 191.

Daß eine nach Ziff. I. zu verhängende gerichtspolizeiliche Ordnungsstrafe nicht als strafrechtliche Ahndung einer Uebertretung, sondern lediglich als ein Mittel zur Aufrechterhaltung der Amtsautorität erscheint, kann aber schon aus dem Grunde um so weniger zweifelhaft sein, weil dadurch die spätere strafrechtliche Verfolgung des dabei etwa mitunterlaufenen Polizei- oder gerichtlichen Vergehens nicht ausgeschlossen wird und auch bei Ausmessung der Strafe für das letztere Vergehen die bereits erkannte Ordnungsstrafe ganz außer Betracht bleibt.

Jolly, Polizeistrafgesetzbuch zu §. 32 und 33 Bem. 2.

Dr. Puchelt, Strafgesetzbuch Bem. 3 zu §. 320.

II. Eigentliche Vergehen. (Str.P.O. §. 262. 263 und 264.)

Hier unterscheidet wieder unser Gesetz:

A. Die Vergehen der Widersetzlichkeit und der Beleidigung des Gerichts oder anderer Personen, die bei der Verhandlung mitzuwirken haben. (§. 263.)

Daß die in der Sitzung begangene Widersetzlichkeit gleich einer außerhalb der Sitzung verübten ein eigentliches Vergehen bildet und das dasselbe ahndende Erkenntniß als ein wirkliches Strafurtheil erscheint, kann, abgesehen davon, daß schon die Ueberschrift des §. 263 die darin genannten Störungen als „Vergehen in der Sitzung" bezeichnet, auch um deßwillen nicht zweifelhaft sein, weil die Widersetzlichkeit bereits in Beilage I. Ziffer 22 zum Gerichtsverfassungsgesetz unter den gerichtlich strafbaren Vergehen aufgeführt ist.

Dagegen könnte über die Natur des in §. 263 besonders aufgeführten Vergehens der „Beleidigung" und beziehungsweise des dasselbe ahndenden Erkenntnisses ein Zweifel entstehen, nämlich einmal, ob das Vergehen der Beleidigung blos gleichbedeutend mit „Ehrenkränkung" ist, oder auch die im XIX. Titel des Strafgesetzbuchs behandelten Vergehen der falschen Beschuldigung und Verläumdung umfaßt; oder aber ob sich „Beleidigung" im Allgemeinen zu „Ehrenkränkung," wie das Vergehen der „Thätlichkeiten" zu jenem von „Körperverletzung" verhält und also nur die Verletzung des äußeren Anstandes, der Schicklichkeit rc. in sich begreift.

Daß nämlich nicht jede Beleidigung auch schon eine Ehrenkränkung enthält, darüber vergleiche Dr. Puchelt, Str.G.B. zu §. 291 S. 424 und in Annalen 33 S. 118.

Die Majestätsbeleidigung ist jedenfalls ausgeschlossen, weil nach §. 614 des Str.G.B. zu ihrer Verfolgung die Ermächtigung des Justizministeriums nöthig ist.

Meiner Ansicht nach umfaßt „Beleidigung" nicht nur die Vergehen: Ehrenkränkung, falsche Beschuldigung und Verläumdung, sondern auch alle Handlungen und Aeußerungen, welche, ohne daß sie gerade in die genannten drei Vergehen übergehen, der Würde und dem Ansehen des Gerichts oder der von demselben zu der Verhandlung berufenen Personen zu nahe treten, wofern sie durch die Bestimmungen des Str.G.B. mit Strafe bedroht sind; z. B. unzüchtige Handlungen in der Sitzung.

Ob man noch weiter gehen und auch die, sonst nur gerichtspolizeilich zu ahndenden, Verletzungen des äußeren Anstandes rc. nach §. 263 der Str.P.O. als gerichtliche Vergehen bestrafen darf, möchte — obwohl sich dieselben auch im Allgemeinen unter den Begriff „Beleidigung" im weiteren Sinn subsumiren lassen — doch nach §. 1 des Str.G.B. zweifelhaft erscheinen, weil dann der Gesetzgeber im Falle einer hierdurch beabsichtigten Aenderung des Str.G.B. gewiß auch ein besonderes Strafmaaß hiefür in §. 263 der Str.P.O. angedroht hätte.

Der §. 263 enthält aber noch folgende Eigenthümlichkeiten, welche ebenfalls Zweifel über die Natur der dort aufgeführten Vergehen und beziehw. des hierüber zu erlassenden Erkenntnisses hervorrufen könnten:

a) Statt einer Anklage von Seiten des Verletzten oder des Staatsanwalts Einschreiten von Amtswegen. Vergl. auch §. 2 der Str.P.O. Daraus folgt bezüglich des Vergehens der Beleidigung, daß auch der Strafvollzug von Amtswegen zu geschehen hat, und daß der §. 327 der Str.P.O., wonach die bei Privatanklagesachen erkannte Strafe erst nach 4 Wochen, von der Rechtskraft des Urtheils an gerechnet, zu vollziehen ist, keine Anwendung findet, demnach auch ein Verzicht des Beleidigten auf die Strafe keine Wirkung äußert.

Daraus folgt weiter, daß auch §. 425 Abs. 3 der Str.P.O. hier nicht anwendbar ist. Wäre also z. B. ein nach §. 263 Verurtheilter auch noch wegen eines anderen Vergehens ebenfalls mit einer Freiheitsstrafe belegt worden, so findet allerdings eine Zusammenrechnung der verschiedenen Strafen nach Maaßgabe des §. 170 — 179 des Str.G.B. statt.

b) Ausnahmsweise Competenz, und zwar für das Schwurgericht unbedingt, für die Strafkammern der Kreisgerichte nach dem Wortlaute des §. 263 zwar auch unbedingt, jedoch selbstverständlich bezüglich der Strafart und des Strafmaaßes nach Maaßgabe des §. 26 Ziffer I. des Gerichtsverfassungsgesetzes; für Amtsgerichte endlich nur, wenn das Vergehen in einer Sitzung desselben begangen wurde und wenn es an sich zu dessen Gerichtsbarkeit gehört.

c) Dazu kömmt, daß das betreffende Gericht nicht blos zur Aburtheilung der in §. 263 genannten Vergehen berufen ist, sondern auch als Untersuchungsbehörde erscheint; ferner, daß die Ahndung in die Willkür des Gerichts gelegt wurde, und daß dasselbe, wenn es von der ihm eingeräumtem Befugniß Gebrauch machen will, mit Unterbrechung der begonnenen Verhandlung oder unmittelbar nach Schluß derselben zur Verhandlung und Aburtheilung des in der Sitzung begangenen Vergehens zu schreiten hat, was allerdings sehr auf das Verfahren und die Natur des Erkenntnisses nach §. 32 des Pol.-Str.G.B. hinzuweisen scheint.

Trotz dieser Eigenthümlichkeiten erscheinen aber die in §. 263 der Str.P.O. erwähnten Vergehen der Widersetzlichkeit und Beleidigung als eigentliche, nach den Bestimmungen des Str.G.B. zu bestrafende Vergehen, wie dies schon die Motive zu §§. 262 und 263 erkennen lassen, und das nach §. 263 ergehende Erkenntniß ist als ein wirkliches Strafurtheil und nicht blos als eine gerichtspolizeiliche Strafe aufzufassen, wie sich aus folgenden Momenten ergibt:

1) Während die a. Str.P.O. §. 240 unbedingt gestattete, Verbrechen jeder Art, welche während der Verhandlung selbst begangen werden, sofort zur Aburtheilung zu bringen, hält der §. 263 diese Bestimmung nur in Bezug auf solche Vergehen aufrecht, welche gegen das Gericht selbst oder eine sonst in der Verhandlung thätige Person begangen werden, weil hier eine sofortige Aburtheilung einerseits im Interesse der Würde und des Ansehens

des Gerichts und zum Schutze der von demselben zu der Verhandlung berufenen Personen dringend geboten, anderseits in der Regel ohne weitere Weitläufigkeiten und Schwierigkeiten und ohne Nachtheil für die Untersuchung selbst leicht erfolgen kann, während bei anderen Vergehen, welchen eine solche Beziehung fremd ist, die Aburtheilung dem sonst zuständigen Gericht überlassen werden kann.

Ammann zu §. 263 S. 197.

2) Dazu kömmt noch, daß §. 263 nicht etwa, wie dies in §. 32 des Pol.Str.G.B. geschehen, neben der sofortigen Erkennung der Strafe auch den sofortigen Vollzug vorschreibt, demnach einem dagegen eingelegten Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung nicht benommen hat; ferner daß in §. 263 nicht blos die Constatirung des „Vorfalls" in einem besonderen Protocolle verlangt wird, sondern über das besondere Vergehen des §. 263 förmliche Verhandlung gepflogen und diese „Verhandlung" in einem besonderen Protokolle niedergelegt werden muß.

Vrgl. auch Oppenhoff, preuß. Strafverfahren zu §. 180 Note 12 und 14.

3) In Betracht kömmt auch, daß, während der §. 33 des Pol.Str.G.B. dem Beleidigten im Falle der Anwendung des §. 32 die gerichtliche Klage ausdrücklich vorbehalten hat, dies in §. 263 der Str.P.O. nicht geschehen ist, daß somit durch die nach letzterer Gesetzesstelle, wenn auch von Amtswegen erkannte, Strafe das Vergeben selbst als gebüßt erscheint und dem Beleidigten nach dem Grundsatz: non bis in idem eine nochmalige besondere strafgerichtliche Verfolgung nicht zugestanden werden kann.

Str.G.B. §. 320.

4) Der Gesetzgeber hätte gewiß auch, wenn er die Bestrafung nach §. 263 der Str.P.O. als eine gerichtspolizeiliche Strafe hätte betrachtet wissen wollen, ein bestimmtes Strafmaaß — ähnlich dem des §. 32 des Pol.Str.G.B. — bezeichnet und dasselbe nicht den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen überlassen. (§§. 284. 326. 615 ff. des Str.G.B.)

Wird also eines der in §. 263 der Str.P.O. bezeichneten Vergehen in der Sitzung begangen, so stehen dem Gerichte zweierlei Wege zu Gebote, die dadurch verübte Störung zu ahnden: entweder — unbeschadet des §. 56 der Str.P.O. — durch Ausspruch einer Ordnungsstrafe (gerichtspolizeiliches Erkenntniß) nach §. 32 des Pol.Str.G.B. unter Beobachtung der dort vorgeschriebenen Förmlichkeiten der blosen Constatirung des „Vorfalls„ in einem besonderen Protokolle und sofortigen Vollzug der Strafe; oder aber durch förmliches Straferkenntniß nach vorheriger besonderer Verhandlung gemäß §. 263 der Str.P.O.

Im letzteren Falle ergeben sich folgende Consequenzen:

1) Dem Beklagten steht ein förmliches Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung zu Gebot, und zwar das Rechtsmittel des Recurses, wenn das Erkenntniß vom Amtsgerichte erlassen wurde; das Rechtsmittel des §. 398 der Str.P.O. im Falle der Fällung des Erkenntnisses durch das Rekursgericht; endlich die Nichtigkeitsbeschwerde, wenn die Aburtheilung durch eine Strafkammer oder den Schwurgerichtshof erfolgte.

2) Eben deßhalb ist auch eine Erlassung oder Minderung der Strafe durch das urtheilende Gericht selbst ausgeschlossen.

3) Durch die nach §. 263 der Str.P.O. erkannte Strafe ist das Vergehen selbst gesühnt und eine besondere Strafverfolgung von Seiten des Beleidigten ausgeschlossen, weil nach dem Obigen keine Disciplinarstrafe vorliegt.

4) Für das Erkenntniß nach §. 263 der Str.P.O. ist die in §§. 79 ff. des Sportelgesetzes vorgesehene Urtheilssportel anzusetzen, während für das Erkenntniß nach §. 32 des Pol.Str.G.B kein Sportelansatz begründet ist.

B. Andere Vergehen, und zwar mit folgender Unterscheidung:

a) Falsches Zeugniß. Str.P.O. §. 262.

Während das Recht, den Zeugen, welcher aller Wahrscheinlichkeit nach in der Sitzung wissentlich falsch ausgesagt hat, auf der Stelle festnehmen zu lassen, in der früheren Gesetzgebung dem Vorsitzenden eingeräumt war, ist diese Maaßregel jetzt dem Gerichte vorbehalten, wobei jedoch ein Antrag des Staatsanwalts nicht erforderlich ist.

Auffallend ist nur, daß der §. 262 des falschen Gutachtens nicht gedenkt. Im Falle eines solchen ist daher bei dem klaren Wortlaut des Paragraphen

und da eine analoge Ausdehnung unzulässig, der §. 264 der Str.P.O. maaßgebend, obwohl de lege ferenda eine solche Ausdehnung sich befürworten ließe, da dieselben Gründe, welche die in §. 262 erwähnte Maaßregel gegen den falschen Zeugen rechtfertigen, nicht minder bei einem falschen Gutachten vorhanden sind.

b) Andere Vergehen. Str.P.O. §. 264.

Sowohl §. 262 als §. 264 räumen dem Gerichte das Recht einer wirklichen Verweisung ein, d. h. nicht blos die Einleitung einer Untersuchung zu beschließen, sondern auch die Anschuldigung einer bestimmten Person als Thäter auszusprechen, so daß sowohl der Untersuchungsrichter als der Staatsanwalt — welch Letzterer in diesen Ausnahmefällen gar nicht die Rolle eines öffentlichen Anklägers hat, an jene Verweisung gebunden sind.

Dr. Puchelt in Annalen XXXII. S. 191.

Während nun beide Paragraphen §. 262 und 264 der Str.P.O.) eine wirkliche Verweisung enthalten so tritt doch der Unterschied hervor, daß in §. 262 dem Gerichte ein unbedingtes Verhaftsrecht eingeräumt ist, nach §. 264 aber durch das Wort „geeignetenfalls“ die Erlassung eines Verhaftsbefehls an die Voraussetzungen des §. 163 der Str.P.O. geknüpft wurde.

In Preußen ist jedoch die Befugniß des Gerichts, die Verhaftung des Beschuldigten zu beschließen, noch an die weitere Voraussetzung gebunden, daß dasselbe für den betreffenden Straffall auch competent sei, worauf es nach unserem Gesetze nicht ankömmt.

Oppenhof zu §. 13, Note 20.

Ferdinand Beck,
Referendär in Baden.

131.

Ein Fall stillschweigender Einwilligung der Ehefrau zu Bauveränderungen, welche der Ehemann an ihrem Wohnhaus ausführen läßt.

L.R.S. 1108a.

— In der stillschweigenden Einwilligung zu solchen Bauten ist auch die Ermächtigung inbegriffen, die Bauleute auf Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten gerichtlich zu belangen.

L.R.S. 1999.

In Sachen

der geschiedenen Ehefrau des Karl Göhring, Stephanie geborene Glitsch von Niederweiler, Klägerin, Widerbeklagte, Gegenwiderklägerin, Appellatin, Coappellantin, Oberappellatin

gegen

Karl Göhring von Heidelberg, zur Zeit in Nieder-Emmendingen, Beklagten, Widerkläger, Gegenwiderbeklagten, Appellanten, Coappellaten, Oberappellanten,

Forderung betreffend,

hatte gegen die von der klagenden, geschiedenen Ehefrau gegen ihren geschiedenen Ehemann in der Klage geltend gemachte Anforderung, die sich auf die zwischen den beiden Eheleuten am 10. Oktober 1853 erkannte und unmittelbar darauf vollzogene Vermögensabsonderung stützt, der Beklagte namentlich auch Gegenforderungen für Bauarbeiten geltend gemacht, welche in der Zwischenperiode zwischen der gedachten Vermögensabsonderung und der unterm 24 Oktober 1866 nachgefolgten Ehescheidung auf das Haus der Klägerin gemacht und von dem Beklagten bestritten worden seien.

Diese Bauarbeiten im Gesammtbetrage von 4181 fl. 8 kr. bildeten den Hauptgegenstand der Oberappellation des Beklagten, da sich derselbe dadurch beschwert fand, daß durch die in diesem Punkt übereinstimmenden, vorderinstanzlichen Urtheile sein Anspruch auf Vergütung dieser Auslagen von dem Umstande, ob er zu diesen Bauarbeiten von seiner Ehefrau ermächtigt war, beziehungsweise von dem deßfallsigen Haupteide der Ehefrau abhängig erklärt wurde, während Beklagter glaubte, daß ihm dieser Vergütungsanspruch unbedingt zuzuerkennen sei.

Auf die vom Beklagten ergriffene Oberappellation wurde nach dessen Antrag am 13. Juli 1868 von großh. Oberhofgerichte zu Recht erkannt:

Die Urtheile der vordern Instanzen seien unter Verfällung der Klägerin, Oberappellatin, in die Kosten dieser Instanz dahin abzuändern:

Die Klägerin, Widerbeklagte, sei schuldig, für die vom Beklagten Widerkläger geltend gemachten Bauarbeiten, welche nach dem Ankauf des am 3. Juli 1861 den Ludwig Krait Eheleuten abgekauften Hauses an demselben und auf dem dazu gehörigen Platze ausgeführt wurden, den Ersatz mit 4181 fl. 8 kr. und ebenso für die aus dem Rechtsstreit gegen Maurer

Burgmann entstandenen Prozeßkosten den Ersatz mit 97 fl. 53 kr., beide Beträge mit Zins zu 5 pCt. vom 8. Januar 1867, binnen 14 Tagen bei Zwangsvermeiden an den Beklagten, Widerkläger zu bezahlen, und habe die Klägerin, Widerbeklagte $^{5}/_{6}$ der Kosten I. Instanz und $^{1}/_{3}$ der bis zum Urtheil des Appellationssenats vom 25. Oktober v. J. erwachsenen Kosten zweiter Instanz zu tragen.

Entscheidungsgründe.

Die Vorderinstanzen wollen für die Verpflichtung zur Bestreitung fraglicher Bauarbeiten, die an sich zugestanden worden sind, ein entscheidendes Moment in dem Umstand finden, daß das fragliche im Jahr 1861 angekaufte und laut Grundbuch der klagenden Ehefrau zugeschriebene Haus in der vorerwähnten Periode von der Familie, d. i. dem beklagten Ehemanne und der Ehefrau und dem vorhandenen Kinde zur Wohnung benützt worden ist.

Allein nach geschehener Vermögensabsonderung besaß jeder Ehetheil sein Vermögen abgesondert für sich, und hatte also die Ehefrau auch ihr Haus für sich, L.R.S. 1441. 1449. Dagegen lag derselben gemäß L.R.S. 1448 ein verhältnißmäßiger Beitrag zu der Haushaltung des damals noch fortdauernden ehelichen Zusammenlebens und zur Kindererziehung ob, und da es zunächst den Eheleuten anheim gestellt ist, sich über die Art und Größe dieses Beitrages zu verständigen, so muß angenommen werden, daß die Ehefrau ihren gedachten Beitrag zur Haushaltung dadurch leistete, daß sie das Wohnungsbedürfniß der Familie bestritt, und derselben in ihrem eigenen Hause die Wohnung stellte, wie anderseits der Ehemann für die Verköstigung und Verpflegung der Familie sorgte. Da die Ehefrau hiernach übernommen hatte, das Wohnungsbedürfniß der Familie — wenn auch in dem ihr zugehörigen Hause — zu befriedigen, so lag ihr die Leistung Alles dessen ob, was dazu gehörte, daß die Familie in diesem Hause wohnen konnte, und blieb es daher auch Sache der Ehefrau, welche Hauseigenthümerin war, die Wohnlokalitäten und ebenso das übrige Haus in baulichem Stande zu unterhalten, und alle Bauarbeiten zu bestreiten. Die Ehefrau kam durch jene auf Grund des L.R.S. 1448 übernommene Leistung gegenüber ihrer Familie weder in die Stellung der Vermietherin zu dem Miether, welch' Letzterem gewisse Baureparaturen nach L.R.S. 1754 zur Last fallen würden, noch kann man die Familie, beziehungsweise den Ehemann als einen Nutznießer, wie bei einem Eheverhältniß nach Totalsystem des L.R.S. 1562. 1580 und 1578, bei welchem ihm nach L.R.S. 605 ff. auch gewisse Baunterhaltungen zur Last liegen würden, betrachten; denn zu dem einen und andern wäre eine bestimmte vertragsmäßige Uebereinkunft nöthig gewesen, die von der Ehefrau nicht behauptet werden konnte.

Wenn hiernach die Verbindlichkeit der klagenden Ehefrau zur Bestreitung der baulichen Unterhaltung des Hauses fortbestanden hatte, so muß auch weiter angenommen werden, daß die eingeklagten Bauherstellungen überhaupt, obwohl bei den deßfallsigen Anordnungen hauptsächlich der Ehemann aufgetreten war, für die Ehefrau bindend seien, und sie zur Vergütung der deßfalls von dem Ehemanne gemachten Auslagen verpflichtet sei.

Zunächst ist nicht zu übersehen, daß zu den eingreifenderen Bauherstellungen und zu den Neubauten die anerkanntermaaßen vorgekommen sind, die Ehefrau ungeachtet der Vermögensabsonderung, nicht für sich befugt war, da dieselben die Grenzen einer Vermögensverwaltung, L.R.S. 1449 überschritten,

Troplong, Contr. de mariage I. S. 412 Nr. 1408 ff. 1417 ff.,

daß dazu vielmehr die Auktorisation des Ehemannes erforderlich war. Schon aus diesem Grunde war es eine Obliegenheit des Ehemanns, sich um die deßfallsigen Pläne und Bauausführungen ebenfalls anzunehmen, ohne daß daraus gefolgert werden konnte, daß er damit etwas auf eigene Rechnung habe thun wollen.

Wenn aber ferner die Ehefrau, die mit ihrem Ehemanne in dem fraglichen Hause wohnte und anwesend war, geschehen ließ, daß Bauherstellungen an diesem ihrem eigenthümlichen Hause vorgenommen und zu diesem Behufe theilweise Stücke des Hauses abgerissen und Neubauten dazu auf ihrer Hofraithe aufgeführt wurden, und wenn sie diesen Bauherstellungen, wie sie selbst angibt, fortwährend zusah, während diese Bauherstellungen von ihrem Ehemanne, mit dem sie ehelich zusammenlebte, angeordnet und geleitet wurden, so liegt hierin jedenfalls eine stillschweigende Ermächtigung und Einwilligung für die Handlungen des Ehemanns.

In dem Replikvortrage ist zwar nebenbei bemerkt, es habe der Ehemann bei einigen Bauten sogar gegen den Willen der Frau gehandelt; allein da-

mit steht im Widerspruch, wenn die Ehefrau gleich darauf sagt, sie habe dem Ehemanne den Genuß ihrer Güter und zwar in der Art überlassen, daß er frei schalten und walten, überhaupt alles thun konnte, was er zum Betrieb des Geschäfts nothwendig fand; auch ist in keiner Weise angegeben, daß und wie die Ehefrau gegenüber ihrem Ehemann und den Arbeitsleuten sich in bestimmten und unzweideutigen Ausdrücken gegen die Ausführung der fraglichen Arbeiten erklärt, oder ihre Zahlungsverbindlichkeit für dieselben abgelehnt hätte Es wäre dies zur Begründung der rechtlichen Erheblichkeit jener unbestimmten Bemerkung um so mehr erforderlich, als die Ehefrau an einer andern Stelle der Verhandlungen auch angibt, sie sei mit dem Ankaufe des fraglichen Hauses durchaus nicht einverstanden gewesen, was nicht gehindert hat, daß sie diesen auf ihren Namen lautenden Ankauf im Grundbuch unterschrieben, das Haus als ihr Eigenthum angenommen und fortwährend geltend gemacht hat.

Ebensowenig Gewicht kann einer von der Klägerin gegebenen Andeutung, als habe sie dem Beklagten überlassen wollen, die zu seinem Geschäftsbetrieb nöthigen Bauherstellungen auf seine eigene Rechnung fertigen zu lassen, beigelegt werden. Denn es ist nirgends angegeben, was für Bauherstellungen denn für diesen Geschäftsbetrieb nöthig und gefertigt worden seien 2c.

Für die Gewährung des Lokals für den Betrieb einfacher häuslicher Industrie, die anerkanntermaaßen zum Unterhalt der Familie diente, müssen aber dieselben Grundsätze gelten, wie sie oben über die Leistung der Wohnung für die Familie ausgeführt wurden; diese Grundsätze kommen um so mehr zur Anwendung, als auch von der Klägerin eine bestimmte Uebereinkunft hinsichtlich des Lokals für den Fabrikationsbetrieb nicht behauptet werden konnte.

Hiernach ist also die Widerbeklagte schuldig, dem Widerkläger den von diesem bestrittenen Bauaufwand für ihr Haus, welcher in seinem Betrage von 4181 fl. 8 kr. nicht beanstandet ist, zu vergüten, ohne daß noch bewiesen wird, daß die Widerbeklagte auch die ausdrückliche Ermächtigung zu diesen Bauherstellungen ertheilt habe, und ohne daß es also noch auf den von den Vorderinstanzen hierüber erkannten Haupteid der Widerbeklagten ankommt.

Es wäre dasselbe der Fall, wenn man hier nicht eine stillschweigende Ermächtigung, mandatum tacitum, von Seite der Ehefrau, sondern eine blose Geschäftsführung des Ehemannes annehmen wollte, indem unter den schon oben dargestellten Umständen der Ehemann annehmen konnte, daß die von ihm unternommenen Bauherstellungen im Interesse und im Willen der Ehefrau als Hauseigenthümerin gelegen seien, und er deßhalb seine ganzen Auslagen, und nicht blos den Betrag der dadurch für die Ehefrau bewirkten Vermögensbereicherung anzusprechen hätte.

Auch was den Anspruch des Ehemannes auf Vergütung der 97 fl. 53 kr. Prozeßkosten betrifft, welche in dem von ihm gegen den Maurer Burgmann von Niederweiler geführten Prozeß, Entschädigung wegen gelieferter schlechter Arbeit betreffend, entstanden waren, so sind hiefür dieselben Umstände maaßgebend, aus welchen eine stillschweigende Einwilligung der Ehefrau zu jenen Bauführungen an sich zu entnehmen war; denn wenn der Unternehmer die accordirten Bauarbeiten nicht gehörig leistete, so war es ein Theil und ein Mittel des Vollzugs dieser Bauten, den Accordanten durch richterliches Einschreiten zur Leistung anhalten zu lassen Der unbestrittenermaaßen in dieser Richtung geführte Prozeß des Ehemanns gegen den Maurer Burgmann muß also als mittelbar auch in dem stillschweigenden Mandat von Seiten der Ehefrau gelegen betrachtet werden, wobei es dann gemäß L.R.S. 1999 nicht darauf ankommt, ob der Prozeß einen durchaus günstigen Erfolg gehabt habe, da die Ehefrau dennoch dafür haftbar ist; wenn nicht etwa — was nicht behauptet ist, der Ehemann sich dabei grobe Versehen hätte zu Schulden kommen lassen. Es war also auch hier die Ehefrau unbedingt zum Ersatz zu verurtheilen, ohne daß es noch auf einen Haupteid über einen von ihr gegebenen ausdrücklichen Auftrag ankommen konnte.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz sind, da der Widerkläger, Oberappellant, obsiegt, der widerbeklagten Ehefrau zuzuweisen, ebenso ist von den Kosten zweiter Instanz, wo der Widerkläger Grund zu der gegen das erstinstanzliche Urtheil eingelegten Appellation hatte, derjenige Theil, welcher die vorwürfigen Posten von 4181 fl. 8 kr. und 97 fl. 53 kr. betrifft, und welcher bereits von dem Appellationsgericht auf 1/3 der Kosten jener Instanz bis zum fraglichen Urtheil festgesetzt ist, der Ehefrau zuzuweisen. Von den Kosten erster Instanz endlich sind in dem erstinstanzlichen Urtheile unter No. VI. VII. und VIII. auf die fraglichen zwei Posten 4/10

und $^1/_{16}$ gerechnet, ohne daß über diese Kostenaustheilung eine Beschwerde erhoben wurde, und ist daher die widerbeklagte Ehefrau, da sie nun unbedingt zur Zahlung dieser zwei betreffenden Forderungsposten verurtheilt wird, auch zur Tragung dieser darauf berechneten Kostenantheile schuldig.

Es bedarf schließlich kaum der ausdrücklichen Erwähnung, daß der bereits in den Entscheidungsgründen zum erstinstanzlichen Urtheil bemerkte Vorbehalt, wonach die hier zuerkannten zwei Forderungsposten nicht durchaus baar auszufolgen, sondern — soweit nöthig, gegen die in einem andern Abschnitte des erstinstanzlichen Urtheils behandelten Forderungsposten der klagenden Ehefrau wettzuschlagen wären, — aufrecht erhalten bleibe." Red.

132.

Ist der Gehülfe und der Begünstiger eines Verbrechens auch dann von dem ordentlichen Strafgerichte abzuurtheilen, wenn im Falle der Urheberschaft seine Handlung nur polizeilich strafbar wäre?

Obige Frage wird sich sowohl dem urtheilenden Richter als den zur Aburtheilung verweisenden Raths- und Anklagekammern mehrfach aufgeworfen haben, ohne daß sie im Gesetze ihre Entscheidung findet. Ihre praktisch hervorragendste Bedeutung hat sie beim Diebstahl. Mannigfaltig sind hier die Fälle, in welchen aus Gründen, die lediglich in der Person des Urhebers liegen, mögen sie anfänglich vorhanden sein oder später eintreten, der Polizeifrevel der Entwendung — §. 477 des Str.G.B. — sich in einen gerichtlich strafbaren Diebstahl verwandelt. Nach §. 478 des Str.G.B. werden beim Diebstahl mehrfache Uebertretungen, welche zusammen Gegenstand eines Strafurtheils werden, als ein einziges Verbrechen betrachtet, die Summe der einzelnen entwendeten Beträge bestimmt den Character des Diebstahls und verwandelt ihn, wenn diese Summe 1 Gulden übersteigt, aus einem polizeilichen in einen gerichtlich strafbaren. Erstreckt sich die Mitwirkung des Gehilfen oder Begünstigers nur auf einen Polizeifrevel, so wird durch weitere gleiche Uebertretungen des Urhebers, sofern alsdann die Summe 1 Gulden übersteigt, auch die Gerichtsbarkeit für die genannten Theilnehmer geändert, an Stelle des Polizeigerichts unterstehen sie dem ordentlichen Strafgerichte. In gleicher Weise ändert sich die Gerichtsbarkeit, wenn der Urheber einen mit dem Polizeifrevel zusammentreffenden Diebstahl begeht, dessen Qualification eine höhere Gerichtsbarkeit begründet. In diesen Fällen hat man aus dem Grunde, weil dasselbe Gericht über alle bei einem Verbrechen Betheiligten zu urtheilen habe, den Gehilfen und Begünstiger, auch wenn er nur an einem an und für sich polizeilich strafbaren Theile des Verbrechens Theil nahm, vor das ordentliche Strafgericht gezogen, in ähnlicher Weise werden auch bei einem dritten gemeinen Diebstahle unter 1 Gulden die Gehilfen und Begünstiger vor der Strafkammer abgeurtheilt. Die Nachtheile, welche hieraus für die erwähnten Theilnehmer erwachsen, sind einleuchtend. Mit Ausnahme der Strafe, bei deren Ausmessung der Richter den Umständen Rechnung tragen kann, ist die Lage eine schlimmere, als wenn der Gehilfe oder Begünstiger Urheber wäre.

Der Vortheile des abgekürzten Polizeistrafverfahrens geht er verlustig, das ordentliche Strafverfahren wird eingeleitet und mit der öffentlichen Verhandlung durchgeführt. Die Thatsache der gerichtlichen Bestrafung hat für den Gehilfen die schwere Folge, daß seine nächste Entwendung, wenn sie auch dem Betrage nach polizeilich ist, gerichtlich strafbar wird und zugleich als Rückfall erscheint. §. 477 des Strafgesetzbuchs.

Die einschlägigen Bestimmungen der Strafprozeßordnung sind die §§. 17 Ziff. 1 und 209 Abs. 3, der erstgenannte unter dem Titel „von den Gerichtsständen," der letzte unter demjenigen „von der Raths- und Anklagekammer und von den Vorbereitungen zur Hauptverhandlung"; beide Paragraphen erscheinen aber nach ihrer Stellung weder dazu bestimmt, eine Entscheidung der vorwürfigen Frage zu geben, noch enthalten sie eine solche. Die Strafprozeßordnung setzt überdies an und für sich gerichtlich strafbare Handlungen voraus, nur bezüglich solcher enthält sie Normen über den Gerichtsstand und in Verbindung mit der Gerichtsverfassung über die Gerichtsbarkeit unter den ordentlichen Strafgerichten.

Die §§. 137 und 138 des Strafgesetzbuchs enthalten Bestimmungen über das Verhältniß des Gehilfen zum Urheber bei der Strafausmessung. Zieht man diese bezüglich der Gerichtsbarkeit und des Strafverfahrens analog in Betracht, so scheinen sie dafür zu sprechen, daß persönliche Verhältnisse des Urhebers — namentlich Rückfälligkeit — nicht geeignet sind, einen Polizeifrevel des Gehülfen zu einem gerichtlich strafbaren Vergehen zu qualificiren.

Dem Unterzeichneten ergaben sich in der angegebenen Richtung mehrfach Anstände; ob die Competenz der Polizeibehörde oder des Strafrichters begründet sei, er hält es deßhalb von Interesse, die Frage in diesen Blättern anzuregen und einige Gesichtspunkte anzudeuten.

Dr. Cadenbach.

Berichtigung

eines sinnentstellenden Druckfehlers.

Seite 283 Note *) ist in Zeile 6 von unten statt: „kein Schuldner" zu lesen: „„ein Schuldner.""

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 20.

133.

Die Zusatzstrafe des §. 235 des Str.G.B.

a) wird, wenn einer der speciellen Milderungsgründe des §. 234 oder 235 des Str.G.B. vorliegt, erst hinzugeschlagen, nachdem die Grundstrafe mit Rücksicht auf diesen Milderungsgrund berechnet ist.

J. A.S. gegen Johann Raufer von Haslach, wegen Körperverletzung, hatte das großh. Kreis- und Hofgericht Freiburg, Strafkammer, den Angeklagten der vorsätzlichen im Affect und unter den Strafmilderungsgründen der §§. 233 und 234 des Str.G.B. verübten Körperverletzung seines leiblichen Vaters Johann Raufer alt von da für schuldig erklärt und deßhalb zu einer Amtsgefängnißstrafe von 6 Wochen verurtheilt.

Hiergegen ergriff die großh. Staatsanwaltschaft die Nichtigkeitsbeschwerde, worin sie ausführte, daß zwar Strafmilderungsgründe aus dem allgemeinen Theil des Strafgesetzes eine Minderung der in §. 235 desselben verordneten Zusatzstrafe begründen können, daß aber das Gesetz darüber keinen Zweifel lasse, daß in den Fällen des §. 233 und 234 des Str.G.B. ein solches Herabgehen unzulässig sei.

Das großh. Oberhofgericht erkannte am 1. August 1868, das angefochtene Urtheil sei, soweit es den Angeklagten Johann Raufer jung wegen des genannten Vergehens zu einer Amtsgefängnißstrafe von 6 Wochen verurtheilt, aufzuheben und der Angeklagte zu einer Kreisgefängnißstrafe von 15 Wochen rc. zu verurtheilen.

In den Entscheidungsgründen ist über die, den Gegenstand der Beschwerde bildende, Frage bemerkt:

Nach der Vorschrift des §. 235 des Str.G.B., der für Körperverletzungen an Verwandten in aufsteigender Linie in allen Fällen eine erheblich strengere Strafe festsetzt, kann darüber kein gegründeter Zweifel bestehen, daß die zu erkennende Strafe in allen solchen Fällen (abgesehen von der etwa gebotenen allgemeinen Strafmilderung nach §. 153 ff. des Str.G.B. wegen jugendlichen Alters und in hohem Grad geminderter Zurechnungsfähigkeit) wenigstens 3 Monate Gefängniß, ja regelmäßig noch etwas mehr betragen muß, selbst dann, wenn einer der Milderungsgründe der §§. 233. 234 oder auch der eine und der andere Platz greift.

Es folgt dieses mit Nothwendigkeit aus der bestimmten Fassung des §. 235 des Str.G.B., wonach die schon mit Rücksicht auf die §§. 225—234, mithin die §§. 233. 234 mit eingeschlossen, berechnete Strafe jedesmal noch durch den fraglichen Zusatz von wenigstens 3 Monaten bis zu 2 Jahren erhöht werden soll.

Unter besonderen Umständen, bei einer an sich sehr niederen Grundstrafe kann hiernach die zu erkennende Strafe wohl etwas zu hoch scheinen, allein die bezügliche Strenge liegt zweifellos im Willen der Gesetzgebung, welche dabei von der Rücksicht geleitet wurde, daß das verletzte elterliche Ansehen vom Staat mit Strenge aufrecht erhalten werden muß, wie dies im Commissionsbericht der II. Kammer (von Zentner) zu §. 212 des Entwurfs des Str.G.B. besonders hervorgehoben wurde.

Vergleiche Thilo, Str.G.B. zu §. 235.

Puchelt, Str.G.B. zu §. 236 Note 1.

Demnach da selbstverständlich hier nicht eine bloße Strafausmessung innerhalb der gesetzlichen Grenzen, vielmehr ein höherer gesetzlicher Strafsatz wegen einer wichtigen Erschwerung in Frage steht, ist dem begründeten Begehren der großh. Staatsanwaltschaft Statt zu geben.

b) fällt aber bei Berücksichtigung eines der allgemeinen Milderungsgründe der §§. 92. 153 des Str.G.B. bei Bestimmung der milderen Strafe mit in die Berechnung.

J. A.S.
gegen
Johann Georg Heißler von Neuershausen,
wegen Körperverletzung,

war die von der großh. Staatsanwaltschaft mit Bezug-

nahme auf §. 373 Ziff. 7 und §. 375 Ziff. 2 der Str.P.O. ausgeführte Nichtigkeitsbeschwerde 2c. darauf gestützt, daß die Strafkammer den §. 235 des Str.G.B. zum Vortheil des Angeklagten unrichtig ausgelegt habe, indem dieselbe, statt zuerst die Strafe, abgesehen von dem verwandtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten zum Verletzten und, bei Unterstellung rechtsmäßiger Nothwehr, — mit Rücksicht auf den Milderungsgrund des §. 92 des Str.G.B. zu berechnen und die so gefundene Strafe alsdann nach Vorschrift des §. 235 des Str.G.B. um einen Zusatz von mindestens 3 Monaten zu erhöhen, — diesen Zusatz zuvörderst der Grundstrafe beigerechnet und solche dann erst wegen obigen Milderungsgrundes herabgesetzt habe und auf diese Weise zu einer Gefängnißstrafe von nur 4 Wochen gelangt sei.

Das großh. Oberhofgericht erachtete diese Beschwerde nicht für begründet, sondern erkannte am 31. Juni 1867, die Nichtigkeitsbeschwerde der großh. Staatsanwaltschaft gegen das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg, Strafkammer, vom 10. April d. J., Nr. 798, des Inhaltes:

> „Georg Heißler von Neuershausen sei der im Affekt und unter dem Strafmilderungsgrund des §. 92 des Strafgesetzbuches verübten Körperverletzung seines Vaters Michael Heißler schuldig und deßhalb zu einer Amtsgefängnißstrafe von vier Wochen, sowie zur Tragung der Kosten des Strafverfahrens und der Urtheilsvollstreckung zu verurtheilen";

sei als unbegründet zu verwerfen.

Gründe:

Es unterliegt keinem Zweifel, daß nach allgemeinen Grundsätzen zur Ermittlung der Strafe für eine unter dem Strafgesetz begriffene Handlung zunächst die für das Verbrechen an sich, und zwar dessen ganzem Umfange nach, also auch mit Rücksicht auf diejenigen Momente, wodurch dasselbe sich objectiv als ein erschwertes darstellt, verwirkte Strafe zu berechnen und dann erst in Betracht zu ziehen ist, in wie weit wegen etwaiger Milderungsgründe ein Herabgehen von der ordentlichen Strafe als gerechtfertigt erscheint. Eine hievon abweichende Bestimmung enthält nun zwar allerdings der §. 235 des Str.G.B. hinsichtlich des Verbrechens der Körperverletzung gegen Verwandte in aufsteigender Linie insofern, als erst nach Berechnung der Grundstrafe und nach Berücksichtigung der in den §§. 233. 234 des Str.G.B. erwähnten Milderungsgründe der Strafzusatz wegen des verletzten elterlichen Ansehens beigeschlagen werden soll. Allein diese Vorschrift ist ein Ausnahmsgesetz und als solches strenge auszulegen, daher nicht über seinen Wortlaut auszudehnen, sondern auf die darin — durch Allegirung der betreffenden §§. des Str.G.B. — ausdrücklich benannten Fälle zu beschränken und findet daher schon hiernach nur dann Anwendung, wenn einer der zwei obigen, dem Verbrechen der Körperverletzung eigenthümlichen, nicht aber wenn einer der im allgemeinen Theil des Str.G.B. aufgestellten auf alle Bestimmungen des besondern Theils desselben sich beziehenden Milderungsgründe in Frage ist. Dies muß um so mehr angenommen werden, als letztere auf ganz anderen Voraussetzungen als jene speziellen Milderungsgründe beruhen.

Der in §. 92 des Str.G.B. aufgeführte Milderungsgrund, welcher im gegenwärtigen Falle vorliegt, unterscheidet sich nämlich von den in den §§. 233. 234 bezeichneten sehr wesentlich dadurch, daß bei diesen der zu Bestrafende eine Rechtsverletzung gegen eine andere Person von vornherein beabsichtigt hat und daher von Anfang an im Unrecht ist, während der nach §. 92 des Str.G.B. zu Bestrafende eine ihm drohende Rechtsverletzung nur von sich abzuwenden sucht, also hiebei nach §. 84 des Str.G.B. in seinem Rechte sich befindet und blos in der Ausübung des Vertheidigungsrechtes zu weit gegangen war. In Fällen dieser Art ist daher zweifellos die Verschuldung bezüglich der fraglichen Erschwerung nicht in gleichem Grade vorhanden, wie in den Fällen der §§. 233. 234 des Str.G.B., weßhalb auch der Grund des §. 235 nicht darauf paßt, und daher die hierin hinsichtlich der Strafberechnung gegebene Vorschrift auch nicht auf sie anwendbar ist.

Ebenso verhält es sich bei den übrigen allgemeinen Milderungsgründen, welche in §. 153 des Str.G.B. zusammengestellt sind. Die obenerwähnten, dem Verbrechen der Körperletzung eigenthümlichen Milderungsgründe setzen nämlich voraus, daß der Thäter zurechnungsfähig ist und mit freiem Willen handelt; die in §. 153 bezeichneten betreffen dagegen Angeschuldigte, welche entweder die zur Unterscheidung der Strafbarkeit der Handlung erforderliche Ausbildung noch nicht erlangt haben, oder sich in einem das Bewußtsein der Strafbarkeit oder die Willkür des Handelnden nahezu

ausschließenden Zustande befinden, und bei welchen deßhalb auch nicht unterstellt werden kann, daß sie sich von den Pflichten, welche das Pietätsverhältniß auferlegt, einen klaren Begriff zu machen im Stande sind, beziehungsweise daß sie jene Rücksichten mit freiem Willen außer Acht gelassen haben.

Auch hier steht die Strafbarkeit des Handelnden zweifellos auf einer viel niedereren Stufe als in den Fällen der §§. 233. 234 des Str.G.B und kann deßhalb der §. 235 nicht darauf angewendet werden, indem man sonst zu dem exorbitanten Ergebniß gelangen würde, daß der nahezu unzurechnungsfähige Thäter dem vollständig zurechnungsfähigen bezüglich des fraglichen Strafzusatzes gleichgestellt werden müßte, was nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen sein kann.

Daß das Gesetz die nach §. 235 des Str.G.B. zu bestimmende Strafe ausdrücklich für eine Zusatzstrafe erklärt, ist nicht von entscheidendem Gewicht, weil bei dem von dem urtheilenden Gerichtshofe bezüglich der Strafberechnung eingehaltenen Verfahren die Grundstrafe immer noch durch einen Zusatz erhöht, folglich auch darnach eine Zusatzstrafe erkannt wird. 2c. Red.

134.

Zur Auslegung des L.R.S. 1793.

Der erwähnte L.R.S. fand in einem Rechtsstreite des Zimmermeisters Jakob Faufmann in Kenzingen gegen Braumeister J. F. Schneider von dort, Forderung betreffend, welcher auf Appellation des Klägers gegen das Urtheil der Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg in zweiter Instanz zur Entscheidung kam, folgende in den dem Urtheile des Appellationssenats vom 6. Juni v. J., wodurch das Urtheil der Civilkammer bestätigt wurde, beigefügten Gründen niedergelegte Anwendung — in einem der in Laukhard's Rechtsfällen XII. S. 65 ff. mitgetheilten Entscheidung des französischen Cassationshofes entgegengesetzten Sinne. —

Gründe:

Der Kläger beschwert sich gegen das Urtheil der diesseitigen Civilkammer, weil er mit dem Forderungsbetrage von 274 fl. 50 kr. nebst Verzugszinsen abgewiesen wurde. Das erstinstanzliche Urtheil stellt sich jedoch als gerechtfertigt dar. — Es handelt sich um Auslegung und Anwendung des L.R.S. 1793. —

Daß hier ein Werkverding im Sinne dieses L.R.S. vorliege, kann nicht zweifelhaft sein, da alle gesetzlichen Erfordernisse dazu vorhanden sind, und insbesondere nicht Zahlung nach dem Anschlag der einzelnen Arbeiten beziehungsweise Lieferungen, sondern die Zahlung einer Bauschsumme von 5600 fl. bedungen worden ist.

Kläger verlangt nun eine Preiserhöhung wegen auf Verlangen des Beklagten gelieferter weiterer Arbeiten zu fraglichem Baue, als im Plane und Kostenüberschlage begriffen gewesen seien. — Damit eine solche Preiserhöhung gefordert werden könne, ist aber nach L.R.S. 1793 zweierlei erforderlich, nämlich:

1) daß der Bauunternehmer zu den Abweichungen von dem ursprünglichen Plane von dem Bauherrn schriftlich ermächtigt worden sei, — gleichviel ob der Bauunternehmer einseitig den ursprünglichen Plan geändert und der Bauherr den Abweichungen zugestimmt, oder ob dieser sie selbst veranlaßt hat, —
2) daß dafür der Preis im Voraus bestimmt worden sei. —

Es sollen durch diese Vorschrift die Bauherrn gegen die Uebervortheilungen von Seiten der Bauunternehmer, denen sie sonst leicht ausgesetzt wären, geschützt, und es soll den sonst so häufig vorkommenden Streitigkeiten über diesen Gegenstand und allen Weiterungen vorgebeugt werden. —

Es spricht hiernach eine gesetzliche Vermuthung dafür, daß der Bauunternehmer für Veränderungen und Zusätze am ursprünglichen Bauplan ohne die erwähnten Voraussetzungen keine Preiserhöhung fordern dürfe, und ist gegen diese Vermuthung kein Gegenbeweis zulässig.

Im vorliegenden Falle ist nun zwar in dem Vertrage über die Herstellung der nach dem ursprünglichen Plane übernommenen Baulichkeiten gesagt:

„Wird von Seiten des Käufers oder Bauherrn J. F. Schneider mehr Arbeit verlangt, als im Plan und Kostenberechnung (Ueberschlag) begriffen ist, so ist Bierbrauer Schneider verpflichtet, dieselbe nach Verhältniß des Ueberschlags zu zahlen."

Wenn nun auch hiemit zum voraus bestimmt worden ist, in welcher Weise der Preis für Mehrarbeiten, die von dem Beklagten verlangt werden, ermittelt werden solle, worin übrigens noch keine „Vergleichung" des Preises im gesetzlichen Sinne liegt, so ist doch keineswegs gesagt, daß ein etwaiges auf Mehrarbeiten gerichtetes Verlangen des Bauherrn auch mündlich gestellt wer-

den dürfe, und daß die vom Gesetz geforderte schriftliche Ermächtigung wegfallen solle. —

Dieses darf auch nicht unterstellt werden, da Verzichte nicht zu vermuthen sind. Es ist in der angeführten Vertragsbestimmung noch kein Verlangen des Bauherrn auf eine Mehrarbeit gestellt, also keine schriftliche Ermächtigung dazu vorhanden, und nur für den Fall, daß ein solches Verlangen nachträglich gestellt werden sollte, hinsichtlich der Ermittlung des Preises die oben angeführte ganz unbestimmte Vereinbarung getroffen. —

Daß in solcher Weise der Vorschrift des L.R.S. 1793 genügt werden konnte, läßt sich weder nach deren Wortlaut, noch nach deren Zweck annehmen.

Der Beklagte hat nun zwar die behaupteten Mehrarbeiten theilweise anerkannt und freiwillig dem bedeutend größten Betrage nach Zahlungen für die anerkannten Arbeiten geleistet (welche in der Klage in Abzug gebracht worden sind), aber er hat sie eben nur in dem Umfange und Maaße anerkannt, als er wirklich dafür Zahlung geleistet hat, beziehungsweise leisten will; — soweit die Forderung des Klägers für die Mehrarbeiten aber streitig ist, mangelt ihr nach Obigem die gesetzliche Begründung. — Wie schon erwähnt, ist gerade auch deßhalb, damit solche Streite vermieden werden, die Schriftlichkeit der Ermächtigung gefordert. —

Im vorliegenden Falle würde somit, wenn man annehmen wollte, daß bezüglich des jetzt streitigen Betrags die Schriftlichkeit der Ermächtigung zu den Mehrarbeiten nicht nöthig gewesen sei, — diese Annahme geradezu gegen den Zweck des Gesetzes verstoßen. —

Vergl. oberhofg. Jahrbücher N. F. III. S. 42 ff., insbes. S. 45. 48.

Annalen XXIII. S. 325. 326, XVII. S. 509.

Lauckhard, Rechtsfälle VI. S. 116.

Wenn appellantischer Seits (unter Bezug auf Lauckhard's Rechtsfälle XII. S. 65 ff.) geltend gemacht werden will, es liege wegen der oben angeführten Vertragsbestimmung kein reines Werkverding im Sinne des L.R.S. 1793 vor und könne deßhalb diese Gesetzesstelle auch keine Anwendung finden, so ist dieses unbegründet, da durch jene Nebenbestimmungen das Wesen des Vertrags nicht alterirt werden konnte.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 170 der Pr.O. wurde, wie geschehen, erkannt.

v. Litschgi,
Kreisgerichtsrath in Freiburg.

135.

Das durch Verübung eines gemeinen Verbrechens im Amt begangene Amtsverbrechen ist im Urtheil stets als solches zu bezeichnen, auch wenn die Strafe der Dienstentlassung nach §. 703 der Str.G.B. nicht ausgesprochen werden kann.

Siehe oben Ziff. 124 S. 287. 288.

Franz Looser von Säckingen, verpflichteter Nachtwächter der Stadtgemeinde Säckingen, hatte am 22. Juni 1868, Morgens zwischen 2 und 3 Uhr, während der Ausübung seines Dienstes dem Bäcker Koblund daselbst 2 Laibe Brod im Werth von 22 kr. entwendet.

Die großh. Staatsanwaltschaft stellte deßhalb den Antrag, denselben wegen eines unter dem Erschwerungsgrund des §. 385 Ziff. 10 des Str.G.B. verübten gemeinen Diebstahls und Amtsverbrechens in Anklagezustand zu versetzen.

Die Raths- und Anklagekammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Constanz entsprach diesem Antrage mit Ausnahme des Theils, welcher auch wegen Amtsverbrechens die Versetzung in Anklagestand verlangte.

Hiergegen führte die Staatsanwaltschaft rechtzeitig Beschwerde, worauf das großh. Oberhofgericht den Verweisungsbeschluß durch Erkenntniß vom 7. Sept. 1868 dahin ergänzte, daß der Angeschuldigte auf Grund des §. 703 des Str.G.B. zugleich wegen eines Amtsverbrechens in Anklagestand zu versetzen sei.

Der Gerichtshof ging dabei von der Erwägung aus:

daß nach §. 207 Ziff. 2 der Str.P.O. der Verweisungsbeschluß die Bezeichnung des Verbrechens enthalten muß, auf welches die Anschuldigung gerichtet ist;

daß ein Nachwächter, insbesondere wenn er, wie hier, verpflichtet und ständig angestellt war, nach §. 658 verglichen mit §. 657 des Str.G.B. unter die niederen öffentlichen Diener zu rechnen ist;

daß nach §. 703 des Str.G.B. ein öffentlicher Diener, welcher sein Amt zur Verübung eines gemeinen Verbrechens mißbraucht, zugleich ein Amtsverbrechen begeht, ohne daß das Gesetz bei dieser, lediglich den Thatbestand betreffenden Bestimmung unterscheidet, ob eine mehr als dreimonatliche Kreisgefängnißstrafe verschuldet ist oder nicht, indem von dieser höheren Strafe nur die zugleich zu erkennende Dienstentlassung, nicht aber die Eigenschaft des Verbrechens als eines Amtsverbrechens abhängig gemacht wird,

daß zudem die richtige und vollständige Bezeichnung des vorliegenden Verbrechens im Hinblicke auf §. 183 Ziff. 9 des Str.G.B. auch von practischer Bedeutung werden kann. Red.

136.

Anklageverfahren.

(Fortsetzung von Annalen 1868 No. 9 S. 130.)

§. 4.

Gerichtsbarkeit. Gerichtsstand. Ablehnungsrecht.

I. Die Privatanklagevergehen unterstehen in der Regel der Gerichtsbarkeit (Strafgewalt) der Amtsgerichte. §. 15 der G.V. Beil. I. Ziff. 3. 5. 6. 13. 16. 17. 28 der G.V.

Ausnahmsweise ist begründet:

1) die Gerichtsbarkeit der Kreisgerichte

a) mit Rücksicht auf Beschaffenheit jener Vergehen in den Fällen der §§. 299. 303. 319 des Str.G.B. und bei Ehrenkränkungen, die gegen öffentliche Diener oder von öffentlichen Dienern im Dienst verübt sind, nur dann, wenn die Diener zu den im §. 658 des Str.G.B. genannten gehören: — In diesen Fällen 1a findet jedoch Zurückweisung der Sache an das Amtsgericht statt, sofern nach der Ansicht des Kreisgerichtes im einzelnen Falle der That jene Merkmale mangeln, durch deren Vorhandensein gerade die kreisgerichtliche Strafgewalt begründet wird.

§. 323 Abs. 3 vergl. mit §. 314 der Str.P.O. Beil. I. Ziff. 6 der G.V.,

b) mit Rücksicht auf das Strafmaaß.*) Folgende Uebersicht wird zur Erleichterung und Vergleichung dienen:

A. Anklage mit Strafantrag

a) auf Amtsgefängniß bis mit 8 Wochen. In diesem Falle ist das Amtsgericht unter allen Umständen zuständig (übereinstimmend mit den Regeln des ordentlichen Verfahrens, §. 314 der Str P O.), auch wenn es eine höhere Strafe als begründet erachtet. §. 327 der Str.P.O.,

b) auf eine höhere Strafe:

α) ist das Amtsgericht gleicher Ansicht, so ist die Strafgewalt des Kreisgerichtes begründet (gleich dem ordentlichen Prozeß §. 314), es findet jedoch Zurückweisung an das Amtsgericht statt (abweichend vom ordentlichen Verfahren, §. 314),

β) ist das Amtsgericht anderer Ansicht, so hat es die Sache abzuurtheilen (abweichend vom regelmäßigen Verfahren, wo Antrag des Anklägers entscheidet).

B. Anklage ohne Strafantrag.

Hält das Amtsgericht für entsprechend:

a) eine Strafe bis mit 8 Wochen, so ist das Amtsgericht zuständig (ebenso im ordentlichen Verfahren),

b) eine höhere Strafe, so erfolgt Vorlage an das Kreisgericht (abweichend vom ordentlichen Verfahren), jedoch findet Zurückweisung statt.

§. 15 der G.V. §. 314 vergl. mit 248 Abs. 4. 323 der Str.P.O.

Amann zu diesen §§.

Commissionsbericht zu §. 223.

In allen diesen Fällen aber 1a und b ohne Unterschied hat das Amtsgericht die Voruntersuchung zu führen, sofern deren Einleitung beschlossen wird, sei es nach freiem Ermessen des Gerichtes oder zufolge gesetzlicher Vorschrift, letzteres in kreisgerichtlichen oder schwurgerichtlichen Sachen.

§§. 318. 322. 323 vergl. mit §. 66 der Str.P.O. und §. 18 der G.V.

2) Die Gerichtsbarkeit der Bürgermeister, die sich auf alle Fälle der in §. 39 der G.V. genannten Vergehen erstreckt, vorausgesetzt einmal, daß der Angeklagte nicht zu den dort ausgenommenen Personen gehört, und zweitens, daß keiner der Fälle 1a vorliegt und keine höhere Strafe als 2 Tage Gefängniß beantragt ist. §. 39 der G.V.

II. Ueber die Zuständigkeit entscheiden die allgemeinen Grundsätze des §. 9 ff. der Str.P.O., wobei insbesondere auf §. 12 aufmerksam zu machen ist.

Jedoch findet §. 16 der Str.P.O. auf Privatanklagesachen keine Anwendung.

Der §. 341 der Str.P.O. enthält für falsche Beschuldigungen einen Gerichtsstand der Widerklage, indem

---

*) Hiebei ist abgesehen von den seltenen Fällen, in welchen nach §. 286 des Str.G.B. vergl. mit §. 30. 26 der Gerichtsverfassung die Gerichtsbarkeit der Schwurgerichte begründet sein kann.

darnach zwei connexe Sachen zum Zweck der Vereinfachung, der gerechteren Beurtheilung und der rascheren Genugthuung ausnahmsweise in dem nämlichen Verfahren zu erledigen sind.

Außer der Vereinfachung der Form hat das Verfahren nichts Eigenthümliches.

Thilo, Str.G. II. S. 267. 277.

Einen prorogirten Gerichtsstand kennt die Strafprozeßordnung auch für Privatanklagesachen nicht, ebenso wenig sind Schiedsrichter mit der dem Angeklagten in unserer Strafprozeßordnung angewiesenen Stellung und mit der Natur der mittelst Anklage verfolgten Rechte und Strafen vereinbar, obgleich vom Standpunkte des Anklägers aus mit Rücksicht auf seine Verzichtsrechte Prorogation und Arbitrium nicht als unzulässig zu betrachten sein würde.

III. Auch über Unfähigkeit und Ablehnung gelten die allgemeinen strafprozessualischen Grundsätze.

Dem Privatankläger ist im §. 25 der Str.P.O. ein Ablehnungsrecht gewahrt, dagegen ist §. 28 der Str.P.O. auf Privatanklagevergehen nicht anwendbar.

Vergl. §. 48. 56 der Str.P.O.

§. 5.

Ankläger.

Als Ankläger kann in der Regel nur der Verletzte auftreten oder sein gesetzlicher Vertreter.

Da das Verfahren zunächst nur die Genugthuung des beleidigten Privaten, also die Realisirung eines seiner freien Verfügung unterstehenden und zugleich höchst persönlichen Rechts zum Zwecke hat, so folgt daraus nicht nur, daß hier im Allgemeinen die civilrechtlichen Grundsätze über Legitimation zur Anwendung kommen, und daß das gerichtliche Auftreten von Seiten des Beleidigten selbstständiges Verfügungsrecht voraussetzt, sondern auch daß nur jener als gesetzlicher Vertreter gelten kann, der eine Person, welcher kein Verfügungsrecht zusteht, in ihren Klagrechten zu repräsentiren berechtigt ist, also nur der Vormund oder Vater eines Minderjährigen oder Entmündigten.

Dem Ehemanne kommt, weil er in Folge seines Mundiums seine Ehefrau nur in Beziehung auf einzelne vermögensrechtliche Handlungen zu vertreten hat, so wenig als dem Beistande die gesetzliche Vertretung der Ehefrau, resp. des Verbeistandeten als Anklageberechtigten zu. Arg. §. 316 des Str.G.B.

Ehefrauen bedürfen übrigens zur Erhebung einer Privatanklage der ehemännlichen, beziehungsweise gerichtlichen Ermächtigung, da ihnen ohne diese die Befugniß der Rechtsverfolgung überhaupt nicht zusteht.

Von mehreren aus derselben That Klagberechtigten kann jeder Einzelne sein Recht selbstständig verfolgen, z. B. in den von Puchelt S. 420. 465 aufgeführten Fällen.*)

Da die Privatanklagen nicht Bestandtheile des Vermögens, sondern Anerkennung einer persönlichen Genugthuung zum Gegenstande haben (act. vindictam spir.), so geht das Anklagerecht activ auf die Erben nicht über, sofern der Beleidigte vor erfolgter Einleitung des Verfahrens stirbt. Arg. §. 316 des Str.G.B.

Stirbt er dagegen erst nach eingeleiteter Untersuchung und zwar

1) vor Eröffnung des Urtheils, so gilt das Gleiche, das Strafverfahren beruht mit dem Wegfall des Trägers und des Gegenstandes der Anklage. Denn der sorgfältig construirte, complicirte und kostspielige Apparat für Realisirung der Strafjustizzwecke arbeitet nur, so lange die Sicherstellung der höchsten Güter des Menschen ihn in Bewegung setzt; er steht still, sobald ihn jener Inhalt nicht mehr erfüllt. Es kann daher den Erben nicht gestattet sein, das Verfahren zum Zweck der Entscheidung über den Entschädigungs- und Kostenpunkt zum Abschluß zu bringen, sie haben vielmehr beide als zum Nachlaß gehörende Vermögenstheile vor dem bürgerlichen Richter auszutragen.**)

   Vrgl. §. 335. 430 der Str.P.O. L.R.S. 1382,

2) nach Eröffnung des Urtheils

   a) ist Letzteres ein den Angeklagten verurtheilendes, und verhält sich letzterer unthätig, so wird das Urtheil rechtskräftig und bezüglich der etwaigen Entschädigungsansprüche und Kosten vollzugsreif, dagegen bezüglich seines strafrechtlichen Theils nicht vollziehbar, da die nach §. 327

*) Sei es in gesondertem, sei es gemeinschaftlich in demselben Verfahren; nur sind in letzterem Falle, der Vereinfachung der Form unbeschadet, die verschiedenen Anklagen bei ihrer juristischen Beurtheilung, z. B. wegen Verjährung zu sondern und der Richter kann unbedingt Trennung der Anklagen verfügen zur Erleichterung der Verhandlungen.

**) Den Kostenpunkt aber gewiß nicht! Red.

der Str.P.O. mit einem gewissen Zeitpunkte vorgeschriebene Einleitung des Vollzugs von Amtswegen auf der Unterstellung des stillschweigend vom Ankläger kund gegebenen Willens des Vollzugs oder auf einem präsumtiven Strafvollzugsantrag beruht, eine solche Unterstellung aber mit dem Tode wegfällt, abgesehen davon, daß im Zweifel die für den Angeklagten günstigere Meinung den Vorzug verdient.

Beruhigt sich der Angeklagte bei dem Urtheile nicht, so gilt das unter 1 Gesagte,

b) ist das Urtheil ein freisprechendes, so steht den Erben das Rekursrecht nicht zu, der strafrechtliche Theil des Urtheils verliert seine Bedeutung und bezüglich der Entschädigungs- und Kostenforderung gilt das unter 1 Gesagte.*)

Selbstverständlich ist der Urtheilsvollzug im Falle a gültig, sofern der Richter nicht rechtzeitig Kenntniß vom Tode des Anklägers erhielt.

Ausnahmsweise steht Dritten die Erhebung einer Privatanklage zu:

a) bei falscher Beschuldigung, Verläumdung und Ehrenkränkung den Ahnen, Abkömmlingen oder Geschwistern oder dem Ehegatten des Beleidigten, wenn Letzterer stirbt, ohne die Anklage erhoben zu haben oder während des Laufs der gerichtlichen Verfolgung oder wenn er durch eingetretene andere Umstände daran gehindert ist,

§. 316 des Str.G.B.,

vorausgesetzt, daß kein ausdrücklicher oder stillschweigender Verzicht des Verletzten vorliegt**),

b) in den Fällen der §§. 317. 318 des Str.G.B. kann der Staatsanwalt auf Verlangen seiner Dienstbehörde (was übrigens nicht zu seiner Legitimation gehört), und in den Fällen des §. 319 des Str.G.B. mit deren nachzuweisender Ermächtigung die Anklage erheben. Ist in den Fällen der §§. 317. 318 des Str G.B. die Anklage von dem Beleidigten selbst bereits erhoben, so schließt diese die Anklage des Staatsanwalts aus, dem nur das Recht verbleibt, sich bezüglich des Strafpunktes (siehe Amann, Str.P O. S. 236 No. 2) der vom Beleidigten erhobenen Klage anzuschließen.

§. 328 der Str.P.O., §. 31 D. W. f. St.A.

Puchelt S. 467—471.

Ein weiter gehendes Klage- oder Mitwirkungsrecht des Staatsanwalts kennt unsere Strafprozeßordnung in Privatanklagesachen nicht. Das ihm in §. 328 Abs. 1 der Str.P O. weiter gewährte Recht, sich in der Hauptverhandlung über die Sache zu äußern, hat die Natur einer blosen Begutachtungsbefugniß zum Zweck der Aufrechthaltung des Gesetzes, insbesondere zu Gunsten des Angeklagten.

Uebrigens bezieht sich §. 60 Abs. 2 der Str.P.O. auch auf die unter b genannten Anklagefälle. Vergl. §. 4. 56. 55. 59 der Str.P.O.

Die nach §. 319 der Str.P.O. dem Ankläger zustehende Befugniß, sich durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen, bildet so wenig eine Ausnahme von der Regel als §. 321 des Str.G.B. wegen Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener.

Vrgl. Puchelt 473/74.

§. 6.

Angeklagter.

Angeklagter ist derjenige, gegen welchen als Urheber oder Theilnehmer des Vergehens die Anklage gerichtet ist.

Minderjährige, Entmündigte und Ehefrauen dürfen und müssen persönlich auf die Anklage sich verantworten; Stand, Geschlecht, Alter und andere Zustände, welche die Dispositionsfähigkeit beschränken oder aufheben, kom-

---

*) Die in der deutschen Gerichtszeitung 1865 No. 45 S. 179 veröffentlichte entgegengesetzte Entscheidung des k. pr. Obertribunals beruht auf Gründen, welche nach unserer Gesetzgebung nicht zutreffen. Letztere kennt keine Mitbetheiligung des öffentlichen Interesses der dort angegebenen Art, so daß dieses neben und außerhalb dem Rechte des Privatanklägers selbstständig hervortreten und fortwirken könnte. Nach unseren Gesetzen ist das Strafrecht des Staats identisch mit dem Rechte des Privatanklägers. Vrgl. unten.

**) Es handelt sich bei § 316 nicht um eine Transmission des Anklagerechts auf die Erben, sondern um eine Concession an gewisse Verwandten, vermöge welcher gewissen, meistens zur Familie des Verletzten gehörigen, stets mit ihm enge verbundenen Personen aus Rücksichten der Pietät und des Familieninteresses ein subsidiäres Anklagerecht gewährt ist.

Da §. 316 als Ausnahme von der Regel strenger Auslegung unterliegt und es sich in Anklagesachen um der freien Verfügung unterliegende und in mehrfacher anderer Hinsicht den Civilrechten verwandte Befugnisse handelt, so sind die Begriffe und Grenzen der in §. 316 genannten Verwandtschaft nach civilrechtlichen Regeln festzustellen. Puchelt S. 466. Vrgl. §. 5 der Str.P.O.

men hinsichtlich des Rechts und der Pflicht, vor Gericht als Angeklagter aufzutreten, nicht in Betracht, nur bei Beurtheilung der Frage über die Zurechnungsfähigkeit sind diese Zustände von Erheblichkeit.

§. 70 ff. des Str.G.B., L.R.S. 216. 1310.

Wird aber zugleich mittelst Anschließung an das Strafverfahren Schadensersatz begehrt, so treten bezüglich dieses Anspruchs die Vorschriften über Dispositionsbefugniß in Kraft.

Das Anklagerecht geht auch passiv nicht auf die Erben über, auch wenn beim Tode des Angeklagten das Verfahren bereits eingeleitet war (poenae suos tenent auctores).

Vielmehr verliert die That durch den Tod des Angeklagten vor eingetretener Rechtskraft des Urtheils jede strafrechtliche Bedeutung. §. 436 der Str.P.O.

Anders verhält es sich mit dem Entschädigungs- und Kostenersatze, deren Verfolgung vor dem bürgerlichen Richter vorbehalten bleibt. §. 433. 335 der Str.P.O.

Puchelt in Annalen 1866 S. 11 und Str.G.B. S. 17/18.

Nach eingetretener Rechtskraft besteht das Urtheil mit seinem Inhalte fort, so weit es vollziehbar ist.

Bei mehreren Mitangeklagten hat der Tod des einen auf die Aburtheilung der Uebrigen keinen Einfluß.

§. 361 der Str.P.O.

Anmerkung.

Es ist in mehr als einer Beziehung, namentlich für die richtige Gesetzesauslegung, von Interesse, den Sprachgebrauch der Str.P.O. zur Bezeichnung eines strafgerichtlich Verfolgten im Verlaufe der Untersuchung kennen zu lernen.

Es sind nämlich in unserem Strafverfahren I. Instanz in seiner Richtung gegen den Thäter regelmäßig 4 Abschnitte zu unterscheiden:

I. Von Einleitung der Untersuchung bis vor förmlicher Versetzung in Anschuldigungsstand.

II. Von Versetzung in Anschuldigungsstand bis vor Versetzung in Anklagestand.

III. Von da bis zum Urtheil.

IV. Vollstreckung.

Vor Beginn der 3 ersten Abschnitte tritt die, jeder gerichtlichen Controle enthobene Initiative des Staatsanwalts in voller Geltung und Selbstständigkeit hervor (Anklageform).

Die Abschnitte I. und II. bilden die Voruntersuchung mit geheimem und schriftlichem Verfahren.

Während im I. Abschnitte allgemeine Erhebungen zur Ermittlung der That und des Thäters stattfinden, nimmt die Untersuchung im Abschnitt II. eine bestimmte Richtung gegen den Thäter, welcher im III. Abschnitt die Hauptverhandlung mit förmlicher und vollständiger Benützung des Materials in öffentlichem und mündlichem Verfahren nachfolgt — mit andern Worten, diese Abschnitte bezeichnen Halt- und Wendepunkte im Verfahren, in welchen das jeweils bis dahin gewonnene Material einer Sichtung und Prüfung unterworfen und das Ergebniß in bestimmter äußerer Form festgestellt wird. Zwar hat jeder Abschnitt seine besondere ihm zugewiesene Aufgabe, sie finden jedoch ihren Zusammenhang und ihre Ausgleichung in der obersten Aufgabe alles Strafverfahrens. Diese Haltpunkte sind sonach nicht minder für den Angeschuldigten, als auch für den Ankläger und die im Strafverfahren thätigen richterlichen Behörden — deren Thätigkeit und Ineinandergreifen (Untersuchungsrichter, Raths- und Anklagekammer, urtheilendes Gericht) — von entscheidender Wichtigkeit.

Nicht als ob alle 4 Abschnitte immer in der angegebenen Folge äußerlich getrennt und chronologisch hervortreten müßten, namentlich in geringfügigen Sachen fallen unter Umständen die drei ersten Abschnitte formell zusammen, so daß Anschuldigung, Anklage, Verweisung und Hauptverhandlung zugleich beantragt und verfügt werden.

Auch im Privatanklageverfahren wird, da nach seinem Wesen die Ermittlung des Thatbestandes und Thäters zunächst Sache des Anklägers ist, mit Erhebung der Anklage die Untersuchung sofort in den Abschnitt III. hinübergeleitet, nur ist es dem Ermessen des Richters anheimgestellt, ob er die Voruntersuchung nachholen will oder nicht.

Dem gemeinen Sprachgebrauche zufolge würde man nun passend den strafgerichtlich Verfolgten entsprechend den 4 Abschnitten mit den Worten: Verdächtiger, Angeschuldigter, Angeklagter, Verurtheilter benennen.

Unsere Str.P.O. hat sich aber an diese Terminologie nicht strenge gehalten, was sich zum Theil aus ihrer Entstehung als einem Produkte verschiedener Legislaturperioden mit verschiedenen Grundlagen erklärt.

Nur das Wort Verurtheilter hat sie in dem angegebenen Sinne festgehalten (§. 337. 356. 359. 373. Ziff. 7. 374. 378. 379. 386. 401/4. 408/9. 418. 423).

Die Bezeichnung „Angeklagter" läuft durch Abschnitt III. und IV.

In Privatanklagesachen tritt nach dem Obigen diese Bezeichnung sogleich bei Einleitung des Verfahrens ein. (Vrgl. 207. 218/19. 225. Tit. 16—18, §. 322. 324. 326. 330/1. 334. 354. 357. 365. 375/6. 379. 383. 395. 405. 406. 426.)

Das Wort „Angeschuldigter" bezeichnet theils den formell in Anschuldigungsstand Versetzten in § 153. 183. 186, theils hat es auch eine umfassendere Bedeutung, indem damit jeder strafgerichtlich Verfolgte bezeichnet wird von dem Zeitpunkte an, zu welchem bestimmte Verdachtsgründe oder Beweismittel der Urheberschaft oder Theilnahme gegen ihn vorliegen bis zum Schluß des Verfahrens.

Diese Bezeichnung durchläuft daher alle 4 Abschnitte, und ohne Unterschied, ob im I. Abschnitt bereits ein Anschuldigungsantrag und eine Anschuldigung formell vorliegt oder nicht.

Es ist dies erheblich, z. B. zur Anwendung der §§. 106. 107 des Str.P.O., indem von dem Momente, wo bestimmte Verdachtsgründe in gültiger Form vorhanden sind, das Ablehnungsrecht eintritt und bis dahin die Pflicht zum Zeugniß fortbesteht. Angeschuldigter wird daher synonym gebraucht mit Verdächtiger, Angeklagter, Verurtheilter.

Vrgl. §§. 52. 85 vrgl. mit 95. 102. 105 Ziff. 3. 106/8. 120. 124. 127 131. 132. 134. 136. 143/44 146/47. 149. 159. 160. 162/63. 166. 173. 177. 202. 211. 213. 217. 204/6. 309. 341. 344. 347/48. 352/53. 358/59. 364. 373 Ziff. 5, 375. 400. 412. 415. 427. 430. 433. 435 436. 196. 206.

Beschuldigter heißt der Angeschuldigte vorzugsweise in amtsgerichtlichen Strafsachen.

§. 50. 208 Tit. 20. 301/3. 305/6. 311. 316 vrgl. mit 309 des Str.P.O.

Die weiter vorkommenden Bezeichnungen „Thäter (§. 60. 65. 153 der Str.P.O.), Verdächtiger (§. 107. 342 der Str.P.O.), Angezeigter §. 315/16 der Str.-P.O), in Untersuchung Genommener (§. 131)" bedürfen keiner näheren Erklärung.

§. 7.

Anklage. Inhalt. Form.

Gemäß §. 318 der Str.P.O. muß die Privatanklage die Thatsachen, auf welche sie gegründet wird und die Bezeichnung des Vergehens, mit oder ohne Antrag auf das Strafmaaß, enthalten.

Die erforderlichen Beweise sind vom Ankläger in der Anklage oder im Verlaufe des Verfahrens zu bezeichnen.

Dieser §. enthält einen der Fundamentalsätze des Anklageverfahrens in seiner Anwendung auf die Anklägerrolle. Während nämlich im gewöhnlichen Verfahren nach eingeleiteter Untersuchung die Sammlung des zur Ermittlung des Thatbestandes und des Thäters dienlichen Materials zur gemeinsamen Aufgabe des Untersuchungsrichters und Staatanwalts gehört, ist dagegen im Privatanklageverfahren diese Ermittlung der Thätigkeit des Anklägers überlassen, dem allein es sonach obliegt, die nöthigen Nachforschungen und Erhebungen über Thatbestand und Thäter zu machen und zur Kenntniß des Richters zu bringen.

Aus diesem, den Anklagegrundsatz zur vollen ungeschmälerten Geltung bringenden §. folgt z. B.:

1) Ohne förmlich erhobene Privatanklage ist ein richterliches Einschreiten unstatthaft (— sine actore nemo judex, Grundsatz der Verhandlungsmaxime —) §. 185/86 der Str.P.O.
2) Die im gewöhnlichen Verfahren für Ermittlung und Erforschung der Vergehen aufgestellten Behörden und Bediensteten sind vor Erhebung der Anklage zur Entfaltung ihrer Thätigkeit, auch auf Begehren des Anklägers, weder berechtigt noch verpflichtet und nach eingeleiteter Untersuchung haben sie hiefür stets vorerst richterlichen Befehl abzuwarten, z. B. zur Vorführung, Haussuchung.
   cf. §. 48 ff. des Str.G.B.
3) Der Richter ist weder berechtigt noch verpflichtet, Materialien zu Gunsten der Anklage von Amtswegen zu sammeln und bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen: denn dem Privatankläger steht es frei, sein Recht ganz oder theilweise und sonach auch die zu dessen Verfolgung vortheilhaften Mittel aufzugeben. Daher
4) wesentliche Thatsachen und Beweise, von welchen der Ankläger aus irgend einem Grunde keinen Gebrauch macht, vom Richter, der auf anderem Wege Kenntniß von ihnen erhielt, zu Gunsten des Anklägers nicht berücksichtigt werden dürfen (anders beim Angeklagten).
5) Die Anklage bildet die Grundlage für das folgende Verfahren in der Weise, daß das in der Anklage

vorgetragene historische Ereigniß in Beziehung auf den Angeklagten allein Gegenstand der Verhandlung und des Urtheils sein kann.

Der Rücksicht, das materielle Recht im formellen auch hier möglichst und unbeschadet des Grundsatzes zu verwirklichen, ist in der Bestimmung des §. 318 Abs. 3 vergl. mit §. 322 Abs. 3. 317 der Str.P.O. Rechnung getragen. Hiernach hat der Richter auch unaufgefordert das durch Zuthun des Anklägers beigebrachte Material mit Rücksicht auf den Zweck des Strafverfahrens zu verwerthen und letzteres so zu leiten, daß es seine Aufgabe erfüllt. Pfeiffer, Oberamtsrichter.

137.

Kommt den Anwälten gegen den Strich oder die Minderung ihrer Gebührenansätze ein Beschwerderecht an großh. Oberhofgericht zu?

Zur Ergänzung der Kenntniß von dem Stande dieser, in den Annalen vom Jahr 1866 (Bd. 32) Nr. 38 Ziff. 141. 4 S. 303 besprochenen Frage mag die Mittheilung dienen, daß das großh. Oberhofgericht neuerdings Veranlassung gehabt hat, in voller Versammlung über dieselbe zu berathen, wobei am 22. Febr. 1868 eine Mehrheit

in Erwägung, daß eine constante Praxis des Gerichtshofs ein Beschwerderecht der Anwälte wegen Strichs oder Minderung ihrer Deserviten aus dienstpolizeilichem Gesichtspunkte und im Interesse einer einheitlichen Anwendung der Taxordnung früher jeweils zugelassen hat;

in Erwägung, daß aus §. 11 der Anwaltsordnung schon an sich kein genügender Grund zu entnehmen ist, von dieser Praxis abzuweichen, jedenfalls aus dem Sportelgesetz vom 11. Juli 1864 §. 26 die Voraussetzung des Gesetzgebers, daß dieses Beschwerderecht fortbestehe, und sein Wille, daß dasselbe fortbestehen solle, sich klar ergibt, eine Antinomie aber um so weniger zu unterstellen ist, als dieses Gesetz mit den anderen neueren Justizgesetzen an demselben Tage verkündet worden ist,

sich dafür aussprach, ein Beschwerderecht der Anwälte wegen Strichs oder Minderung ihrer Deserviten fernerhin anzuerkennen. Red.

138.

Ueber die Voraussetzungen des Gebrauches einer falschen Urkunde und des Milderungsgrundes des Ersatzes bei der Fälschung.

Str.G.B. §§. 423. 430. 445.

In Anklagesachen gegen Friedrich Hörner von Ihringen verwarf das großh. Oberhofgericht unter dem 4. Juli l. J. die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das den Angeklagten wegen Fälschung einer Privaturkunde zu acht Wochen Kreisgefängniß und 25 fl. Geldstrafe verurtheilende Erkenntniß der Strafkammer Freiburg vom 27. Mai l. J. aus folgenden Gründen:

Die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde stützt sich, insoweit sie gemäß der Str.P.O. §. 377 schriftlich innerhalb der 10tägigen Anzeigefrist geltend gemacht wurde, darauf, daß der Angeklagte, wenn er auch die gefälschte Urkunde aus seinen Händen gegeben, doch davon nicht denjenigen Gebrauch gemacht habe, welcher in den gesetzlichen Bestimmungen der einschlägigen §§. 423. 430 des Str.G.B. vorausgesetzt werde.

In der heutigen diesseitigen mündlichen Verhandlung wurde ferner noch zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde vorgebracht, daß die Strafkammer mit Unrecht nicht den Strafmilderungsgrund des vor obrigkeitlichem Einschreiten aus freiem Antriebe geleisteten Ersatzes — Str.G.B. §. 445 — als vorhanden angenommen habe.

Letzteres Vorbringen erscheint nun aber als verspätet, da es jedenfalls einen besondern Beschwerdegrund bildet, gemäß Str.P.O. §. 377 aber die Beschwerdegründe in der binnen 10 Tagen nach der Urtheilsverkündung schriftlich einzureichenden Anzeige der Nichtigkeitsbeschwerde bestimmt zu bezeichnen sind und neue solche Gründe nach Ablauf gedachter Frist nicht geltend gemacht werden dürfen. Abgesehen hievon würde der fragliche Beschwerdegrund auch um deßwillen als verwerflich erscheinen, weil die Strafkammer inhaltlich der Entscheidungsgründe zu ihrem Urtheile in thatsächlicher Beziehung festgestellt hat, es habe der Angeklagte „ehe er Kenntniß davon erhalten, daß die Sache vor das Amtsgericht gebracht worden, beharrlichst sich der Zahlung zu entziehen gesucht und diese nur nachher in der Befürchtung einer drohenden Untersuchung, also nicht in thätiger Reue, freiwillig oder aus freiem Antriebe geleistet," weil aber diese thatsächliche Feststellung offenbar die Anwendbarkeit des §. 445 des Str.G.B. ausschließt.

Was den oben zu Eingang bezeichneten, rechtzeitig geltend gemachten Beschwerdegrund, daß von der gefälschten Urkunde nicht der im Sinne des Straigesetzes liegende Gebrauch gemacht worden sei, betrifft; so stellt auch er sich als verwerflich dar. Die §§. 423. 430 des Str.G.B. setzen voraus, daß zum Zweck der Verübung eines Betrugs in gewinnsüchtiger Absicht, insbesondere zur betrüglichen Begründung oder Entkräftung von Rechtsansprüchen eine falsche öffentliche Urkunde oder eine falsche Privaturkunde gefertigt, oder eine ächte Urkunde der einen oder andern Art verfälscht und davon als von einer ächten zum vorgesetzten Zwecke Gebrauch gemacht worden sei. Nun hat aber die Strafkammer festgestellt, daß Martin Schmidlin alt den Bürgermeister Mößner um einen bedingten Zahlungsbefehl anging, daß Letzterer, statt sofort diesem Gesuche Folge zu geben, vorerst ein gütliches Verfahren einleitete und im Laufe desselben, da Martin Schmidlin alt die Quittung, auf welche sich der Angeklagte zum Beweise der von ihm behaupteten Zahlung berief, zu sehen verlangte, den Angeklagten durch den die Stelle des erkrankten Polizeidieners versehenden Friedrich Hartmann auf sein Geschäftszimmer vorladen ließ, daß aber der Vorgeladene unter der Angabe, am Erscheinen verhindert zu sein, dem Hartmann die falsche Quittung zur Aushändigung an den Bürgermeister übergab, welche Aushändigung in der That auch stattfand, daß endlich der Anklagte auch später auf ihm vom Bürgermeister gemachten Vorhalt in dem Bewußtsein der Unwahrheit seiner Aeußerung wiederholt versicherte, „die betreffende Rechnung des Martin Schmidlin alt sei bezahlt, die Quittung von diesem ausgestellt, mithin ächt."

Die Strafkammer hat bei dieser Sachlage angenommen „der Angeklagte habe zur betrüglichen Begründung der angeblichen Zahlung von 4 fl. 38 kr., wodurch der Anspruch des Martin Schmidlin alt entkräftet werden sollte, eine falsche Quittung gefertigt und davon als von einer ächten zu jenem Zwecke Gebrauch gemacht.

Ist nun aber hiernach der Zweck, welchen der Angeklagte bei seiner Handlungsweise verfolgte, in der eben angegebenen, den letzteren belastenden Weise festgestellt, so kann auch kein Zweifel darüber bestehen, daß die gleichfalls festgestellte Art des Gebrauches als dem Strafgesetze verfallend betrachtet werden muß. Das Gesetz verlangt keine besondere Art des Gebrauches einer falschen oder gefälschten Urkunde. Es genügt ihm jeder Gebrauch zu dem durch die Fälschung verfolgten betrüglichen Zwecke. Wenn nun im vorliegenden Falle dem Bürgermeister, welcher, ohne seine amtliche Eigenschaft, in der er vom Gläubiger angerufen war, bei Seite zu setzen, die Streitsache mit Außerachtlassung der Prozeßformen zu erledigen suchte, die gefälschte Urkunde zu dem festgestellten betrüglichen Zwecke Seitens des Angeklagten vorgelegt wurde; so konnte dies nur geschehen, um vermittelst der durch jene Urkunde zu bewirkenden Täuschung, sei es des Bürgermeisters allein, sei es desselben und des Gläubigers Martin Schmidlin alt, den fraglichen Zweck zu erreichen. Dafür, daß in einer solchen Vorlage ein dem Strafgesetze zuwiderlaufender Gebrauch von der gefälschten Urkunde nicht zu finden sei, liegt nun aber nach Wort und Sinn dieses Gesetzes nicht der mindeste Grund vor. Wenn zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde namentlich geltend gemacht wurde, daß die Mittheilung der falschen Quittung an den Bürgermeister nur eine vertrauliche gewesen sei, so ist dies darum ganz unerheblich, weil, abgesehen von der Frage, ob und unter welchen Bedingungen eine vertrauliche Mittheilung die Anwendung des Strafgesetzes zu beseitigen im Stande sei, hier bei der oben angeführten Feststellung der Strafkammer von einer solchen Mittheilung nicht die Rede sein kann, wie denn auch die Strafkammer in den Entscheidungsgründen zu ihrem Erkenntnisse noch besonders hervorhob, es sei die Anführung der Vertheidigung, daß Bürgermeister Mößner überall nicht in seiner amtlichen Eigenschaft, sondern in höchst vertraulicher Weise mit dem Angeklagten verhandelt habe, mit dem bei der mündlichen Verhandlung erzielten Beweisergebnisse schlechthin unvereinbar.

Auch der Vertheidigungsgrund, daß die in Frage stehende falsche Quittung ein zur Erreichung des damit beabsichtigten Zweckes untaugliches Mittel gewesen, ist bedeutungslos, weil keineswegs, wie von der Vertheidigung anzuführen versucht wurde, als selbstverständlich angenommen werden kann, daß der Gläubiger die Falschheit der angeblich von ihm, in Wirklichkeit von einem Andern herrührenden Handschrift sofort erkannt und mit Erfolg geltend gemacht haben würde und weil, selbst abgesehen hievon auch schon die Täuschung des Bürgermeisters von gewissen, dem Fälscher günstigen Folgen begleitet sein konnte. Dazu kommt noch, daß es,

hätte man etwa Seitens des Angeklagten Grund zu haben geglaubt, die Untauglichkeit der fraglichen Quittung zum Täuschungsmittel aus der besonders unzulänglichen Art der Fälschung abzuleiten, Sache des Angeklagten oder der Vertheidigung gewesen wäre, in der mündlichen Verhandlung vor der Strafkammer eine thatsächliche Feststellung über diesen Punkt zu veranlassen.

Aus diesen Gründen, sowie nach Str.P.O. §. 426 wegen der Kosten, mußte, wie geschehen, erkannt werden.*)

Roßhirt.

139.

Einrede der Trunkenheit.

Zachariä § 343 Note 9 Bd. II. S. 341.
v. Holzschuher, III. Aufl. §. 36. 1c Bd. I. S. 344.
Lauckhard, Rechtsfälle VI. S. 413.
Jahrbücher n. F. I. S. 207.
Annalen XI. S. 191.
XIV. S. 308.

In Sachen
des Kronenwirths Johann Kiefer von Ohlsbach, Klägers, Appellaten, Oberappellanten
gegen
Christoph Bürkle von da, Beklagten, Appellanten, Oberappellaten,
Vertragserfüllung betreffend,

hatte Kläger den Beklagten auf Vollzug eines Verkaufs seiner Liegenschaften belangt, der Beklagte aber den Kauf widersprochen und die Einrede der Trunkenheit vorgeschützt. Durch Urtheil der Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg vom 23. Mai 1866, wurde auf den, dem Beklagten zugeschobenen Haupteid dahin erkannt:

„Es ist nicht wahr, daß mir der Kläger am 20. November v. J. sein in Ohlsbach gelegenes Wirthshaus zur Krone mit besonders stehenden Oekonomiegebäulichkeiten nebst ein Viertel Gemüsegarten und Hof beim Hause angeboten, daß ich ihm dafür 8050 fl. geboten, und daß Kläger dieses Gebot angenommen hat;"

so würde der Kläger mit der erhobenen Klage, unter Verfällung in die Kosten des Rechtsstreits abgewiesen.

Würde jedoch Beklagter diesen Eid verweigern, so wäre er schuldig, den am 20. November v. J. abgeschlossenen Kauf zu halten, und den Kaufschilling von 8050 fl. nebst 5 pCt. Verzugszinsen vom 26. Januar d. J. gegen Uebernahme des Kronenwirthshauses sammt Oekonomiegebäuden, Gemüse-Garten und Hof, sowie einen ein Viertel großen Baumgarten hinter dem Hause, binnen 4 Wochen bei Zwangsvermeiden an Kläger zu zahlen und die Kosten zu tragen.

Der Beklagte erachtete sich hierdurch für beschwert und wiederholte in II. Instanz den Antrag auf Abweisung der Klage.

Der Appellationssenat desselben Gerichtshofs erkannte am 5. Oktober 1866 abändernd:

„daß der Kläger unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen mit der erhobenen Klage abzuweisen sei,"

aus folgenden

Gründen:

2c. „Nach L.R.S. 1108 gehört zur Gültigkeit eines Vertrags: die Einwilligung desjenigen, welcher verpflichtet werden soll.

Der Beklagte hat nun in Abrede gestellt, daß er eingewilligt habe und den Gegenbeweis, daß er zur Zeit, da er seine Einwilligung ausgesprochen haben sollte, nicht einwilligungsfähig gewesen sei, durch Zeugen zu führen versucht.

Zur Einwilligung gehört allerdings die Fähigkeit der Ueberlegung und der freien Entschließung. Ist der Geist des Menschen durch Krankheit, oder eine andere auf ihn zwingend, seinen Willen zu überlegen und freie Entschließung zu fassen hemmend einwirkende Ursache gebunden, alsdann ist der Mensch nicht einwilligungsfähig; und wenn er auch seine Einwilligung äußerlich ausgesprochen haben sollte, so entspricht diese Erklärung doch nicht der Einwilligung, die das Gesetz als das Ergebniß der Ueberlegung und freien Entschließung im L.R.S. 1108 im Auge hat, und als eine Bedingung der Gültigkeit eines abgeschlossenen Vertrags voraussetzt.

---

*) Vrgl. den Aufsatz des Einsenders in den Annalen XXIII. S. 49 u. ff., insbesondere S. 56 u. ff., Buchelt Str.G.B. zu §. 423 Bemerk. 6 und 17 S. 642. 650, Oppenhof Str.G.B. für die preuß. Staaten zu §. 247 Bemerk. 32—42 S. 423.
D. E.

Als eine der Ursachen, welche die Fähigkeit der freien Entschließung ausschließt, muß erfahrungsgemäß die Trunkenheit anerkannt werden, der Beklagte behauptet nun, daß, als er den Kaufvertrag, auf dessen Erfüllung die Klage gerichtet ist, abgeschlossen haben soll, er betrunken gewesen sei und diese Behauptung ist durch das Gesammtergebniß der vorliegenden Zeugenaussagen bewahrheitet 2c.

Erwägt man nun, daß die Zeugen Ficht und Ehefrau Fauß die Verkaufsverhandlungen so lange für einen Scherz ansahen, bis der Abschluß erfolgte, und erst alsdann, als der Handschlag erfolgte, mit Wustler und Bürkle den Abschluß des Vertrages für Ernst hielten; berücksichtigt man die Darstellung des um die Feuerabendstunde erschienenen Polizeidieners Räpple über die damaligen Vorkommnisse, wonach Beklagter im hohen Grade betrunken sein mußte, und bringt man die erfahrungsgemäße Erscheinung damit in Verbindung, daß nicht erst die vollständige Lähmung der Muskulatur eines Berauschten es ist, welche das Vorhandensein einer durch unmäßigen Genuß geistiger Getränke bewirkten Unfähigkeit, zu überlegen und freie Entschließung zu fassen, bekundet, sondern daß die Wirkungen solcher Getränke, wie sie nach und nach genossen werden, sich allmählig steigern, so muß man im Hinblick auf die Thatsache, daß Beklagter schon Mittags in nicht unerheblichem Maaße geistige Getränke zu sich nahm und gegen Abend so betrunken gesehen wurde, daß er schwankte, zu der Ueberzeugung gelangen, daß zur Zeit des Vertragsabschlusses der Beklagte nicht mehr im Zustande der Ueberlegung und freien Entschließung sich befand, daher nicht mehr einwilligungsfähig war.

Hat er daher auch damals seine Zustimmung zu dem Vertragsabschlusse ausgesprochen, so erscheint dieser Ausspruch nicht als das Ergebniß seines freien Willens und erzeugt keinen rechtsgültigen Vertrag. Der Gegenbeweis erscheint hierdurch gelungen, und es mußte somit im Hinblick auf §. 583. 169. 170 der Pr.O., wie geschehen, erkannt werden."

Auf die vom Kläger ergriffene Oberappellation wurde am 12. April 1867 von großh. Oberhofgerichte das Urtheil des Appellationssenats des großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg unter Adoption der Entscheidungsgründe mit der Modification bestätigt, daß die Kosten aller drei Instanzen wettzuschlagen seien.

Was nämlich den Kostenpunkt betrifft, so wurde in Betracht gezogen, daß einerseits der Beklagte den Zustand, in welchem er sich gelegentlich der hier in Frage liegenden Kaufsverhandlungen befunden hat, selbst verschuldet hatte, daß andererseits aber der Kläger, wenn ihm auch nicht entgehen konnte, daß der Beklagte durch zu viel genossene geistige Getränke aufgeregt war, doch wohl um so weniger im Stande gewesen ist, den hohen Grad der Trunkenheit des Beklagten zu beurtheilen, als ihm das Maaß des vom Beklagten vor dessen Erscheinen im Kronenwirthshaus genossenen Weins nicht bekannt sein konnte. Red.

140.

Ueber die direkte Vorladung zur Hauptverhandlung in Preßsachen.

1) Gegen welche Personen findet die direkte Vorladung zur Hauptverhandlung statt?

Nach §. 367 der Str.P.O., wie schon nach §. 47 des Preßgesetzes von 1851, findet gegen den Verfasser, der sich auf der Druckschrift selbst genannt hat und gegen den verantwortlichen Herausgeber einer Zeitschrift oder Zeitung die direkte Vorladung mit Umgehung einer Voruntersuchung statt.

Von dem ehemaligen Hofgericht des Mittelrheinkreises wurde aber die direkte Vorladung auch noch gegen den Drucker und Verleger für zulässig erklärt, wenn sie auf der Druckschrift selbst genannt sind.

Annalen XXI. S. 70.

Die Praxis, sowie Ammann in der Anmerkung zu §. 367 der Str.P.O. haben diese ausdehnende Auslegung als dem Gesetze entsprechend adoptirt.

Dagegen ist in dem vom Abgeordneten v. Feder in der zweiten Kammer erstatteten ergänzenden Comissionsbericht über den Entwurf eines Preßgesetzes von 1867 S. 3 behauptet, daß gegen die in §. 13 Abs. 1 bis 3 des neuen Preßgesetzes bezeichneten Personen, nämlich gegen den Herausgeber oder Redakteur einer Zeitschrift oder Zeitung, sowie gegen den Verleger oder dessen Geschäftsführer und gegen den Drucker einer Druckschrift

eine direkte Vorladung zur Hauptverhandlung nicht statt finde.

Bebaghel hat sich in den Erläuterungen zum neuen Preßgesetz vom 2. April d. J. S. 27 Note 1 mit dieser Meinung einverstanden erklärt.

Auch das großh. Oberhofgericht ist, aber wie es scheint nicht einstimmig, dieser Ansicht beigetreten.

Annalen XXXIV. S. 229.

Ich halte jedoch diese Ansicht nicht für begründet.

Es ist zwar nicht richtig, wenn Puchelt in der Anmerkung zu §. 1 des Str.G.B. behauptet, daß die Abfassung der Commissionsberichte nach Feststellung der Commissionsanträge den Berichterstattern überlassen werde, daß also die Commissionsberichte eigentlich nur die Meinungsäußerung der Berichterstatter enthalten. Denn die Commissionsberichte werden ebenso wie die Commissionsanträge selbst von der Commission festgestellt, daher der Inhalt der Commissionsberichte als der Ausdruck der Ansicht der Commission oder doch der Mehrheit derselben erscheint. Nur soviel ist richtig, daß die Commissionsberichte nicht immer die Anschauung der Kammer, namentlich beider Kammern oder der Majorität derselben enthalten, weil in der Regel nur die Commissionsanträge, nicht aber die Commissionsberichte in den Kammern Gegenstand der Discussion sind und nur hie und da einzelne Bemerkungen dagegen, namentlich von Seite der Regierungscommissäre gemacht werden. Deßhalb kann den Commissionsberichten keine gesetzliche Autorität beigemessen werden, sondern sie haben nur doktrinellen Werth und eben deßhalb sind die darin ausgesprochenen Ansichten nicht unbedingt maaßgebend und bindend. Ueber die Frage, inwieweit die Regierungsmotive und Kammerverhandlungen bei der Auslegung der Gesetze maaßgebend sind, vergl. v. Mohl im Archiv des Criminalrechts von 1842 S. 214 ff. Zentner, Magazin für badische Rechtspflege Bd. VI. S. 269 und 270.

Dies vorausgeschickt gehe ich zur Widerlegung der Ansicht v. Feder's und zur Begründung der gegentheiligen Meinung über.

In dem vom Abgeordneten v. Stockhorn in der zweiten Kammer erstatteten Commissionsbericht über den Entwurf eines Preßgesetzes von 1850 ist zu §. 44 des Entwurfs gesagt:

„Das in der französischen Gerichtspraxis unter dem Namen der Citation directe bekannte abgekürzte Verfahren ist von unserer revidirten Strafprozeßordnung von 1849 §. 70 für einfache Fälle aufgenommen worden; und der Entwurf will dies auch für solche Preßsachen einführen, bei welchen der Thatbestand in der Druckschrift offen vorliegt und voraussichtlich nur Rechtsfragen den Hauptgegenstand der Verhandlungen bilden werden. Die Commission ist hiemit einverstanden."

Dieses ist der Grund, warum in §. 47 des Preßgesetzes von 1851 und ebenso in §. 367 der Str.P.O. gegen den Verfasser, der auf der Druckschrift selbst genannt ist, sowie gegen den verantwortlichen Herausgeber einer Zeitschrift oder Zeitung die directe Vorladung für zuläßig erklärt wurde.

Darüber kann wohl kein Zweifel obwalten, daß auch jetzt noch gegen den Verfasser, der auf der Druckschrift selbst genannt ist, die direkte Vorladung statt findet, weil auch das neue Preßgesetz in §. 12 und 13 den Verfasser einer Schrift als Urheber des Preßvergehens in erster Reihe für haftbar erklärt, insofern Druck und Herausgabe der Schrift mit seinem Wissen und Willen erfolgt sind.

Dagegen herrscht darüber Meinungsverschiedenheit, ob jetzt noch die direkte Vorladung auch gegen den Herausgeber oder Redakteur einer Zeitschrift oder Zeitung statt finde, weil, wie v. Feder in dem oben angeführten Commissionsbericht bemerkt, der im §. 367 der Str.P.O. bezeichnete „verantwortliche" Herausgeber einer Zeitung oder Zeitschrift aus dem Gesetze verschwunden sei.

Nach §. 4 des Preßgesetzes von 1851 mußte nämlich für jede Zeitung oder Zeitschrift ein verantwortlicher Redakteur bestellt und der Polizeibehörde benannt werden, welcher gemäß §. 23 für den Inhalt derselben neben dem Verfasser unter allen Umständen zu haften hatte, wenn er nicht beweisen konnte, daß die Aufnahme eines Aufsatzes strafbaren Inhalts ohne sein Wissen und Verschulden erfolgte.

Hieran hat das neue Preßgesetz vom 2. April allerdings die wichtigen Aenderungen getroffen, daß

a) bei Zeitungen und Zeitschriften kein Gebot mehr besteht, sondern nur noch ein Recht des Geschäftsinhabers, einen verantwortlichen Redacteur auf dem Blatte zu benennen; und

b) daß der Redacteur nicht mit und neben dem Ver-

fasser gestraft wird, sofern dieser überhaupt bekannt ist, sondern daß sich der Redacteur ebenso wie die nach ihm verantwortlichen Personen durch Benennung des Verfassers frei machen kann. Motive der großh. Regierung zum Entwurf des Preßgesetzes von 1866 S. 9. 10 §. 13 des Preßgesetzes vom 2. April. Einen im Sinne des §. 4 u. 23 des Preßgesetzes von 1851 verantwortlichen Redakteur gibt es somit jetzt allerdings nicht mehr. Allein der §. 13 des neuen Preßgesetzes erklärt den Herausgeber oder Redacteur doch immerhin für verantwortlich. Nur kann er, wenn er nicht vorsätzlich zur Verübung des Vergehens mitgewirkt hat, die Anklage an den strafrechtlich haftbaren Verfasser verweisen, wenn derjenige, an welchen die Anklage verwiesen werden soll, sich im Bereiche der richterlichen Gewalt des Staates befindet oder zur Zeit der Verübung des Vergehens im Inlande seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hatte.

Dieser Umstand kann jedoch nur in Bezug auf die Zweckmäßigkeit, nicht aber in Bezug auf die Zulässigkeit der directen Vorladung von Einfluß sein.

Nachdem der §. 13 des neuen Preßgesetzes den freiwillig benannten Redacteur für verantwortlich erklärt, so findet schon nach dem Wortlant des §. 367 der Str.P.O. die directe Vorladung gegen ihn statt, wenn er auf der Druckschrift selbst genannt ist.

Wie aus dem oben angeführten vom Abgeordneten v. Stockhorn erstatteten Commissionsbericht hervorgeht, so ist die frühere besondere, nunmehr beseitigte Stellung des schlechthin verantwortlichen Redacteurs nicht der Hauptgrund, nicht der alleinige Grund für die Zulassung der direkten Vorladung nach §. 47 des Preßgesetzes von 1851 und §. 367 der Str.P.O. Wäre dieses aber auch der Fall, so gilt hier die bekannte Auslegungsregel: cessante legis ratione, non cessat lex ipsa.

Und an dem Wortlaut des §. 367 hat das neue Preßgesetz nichts geändert.

Der eben allegirte §. 367 hat aber in Bezug auf den Redacteur an Bedeutung und Wirksamkeit verloren, weil nach §. 5 des neuen Preßgesetzes eine Druckschrift nur noch mit dem Namen des Druckers versehen sein muß. An die Stelle des Redacteurs wird daher künftighin der Drucker und Verleger treten. Es ist somit jetzt die Frage, ob die direkte Vorladung auch gegen den Verleger und Drucker stattfinde? von besonderer praktischer Wichtigkeit.

Während v. Feder mit der Commission der zweiten Kammer diese Frage verneint, wird sie von dem ehemaligen Hofgericht des Mittelrheinkreises und Ammann bejaht. Aus dem Wortlaut des §. 47 des Preßgesetzes von 1851 und des §. 367 der Str.P.O. kann zwar die Zulässigkeit der direkten Vorladung gegen den Verleger und Drucker nicht gefolgert werden, da die allegirten Gesetzesstellen von diesen Personen keine Erwähnung thun.

Allein der Grund des Gesetzes spricht dafür.

Wie aus dem oben angeführten Commissionsbericht des Abgeordneten von Stockhorn über den Entwurf eines Preßgesetzes von 1850 sich ergibt, so soll das abgekürzte Verfahren durch direkte Vorladung in allen Preßsachen stattfinden, bei welchen der Thatbestand des Vergehens in der Druckschrift offen vorliegt und wo voraussichtlich nur Rechtsfragen den Hauptgegenstand der Verhandlung bilden werden, wo es also zur Ermittlung der Thäterschaft einer Voruntersuchung nicht bedarf. Dieses ist nun bei dem Verleger und Drucker, wenn sie auf der Druckschrift genannt sind, in gleicher Weise der Fall, wie beim Redakteur. In §. 13 des neuen Preßgesetzes sind auch der Verleger, oder wenn er das Geschäft nicht selbst betreibt, dessen Geschäftsführer und der Drucker für verantwortlich erklärt. Nur können sie, wenn sie nicht vorsätzlich zur Verübung des Vergehens mitgewirkt haben, die Anklage an einen Vormann, also an den Redakteur, beziehungsweise an den Verleger oder an den strafrechtlich haftbaren Verfasser verweisen, wenn derjenige, an welchen die Anklage verwiesen werden soll, sich im Bereiche der richterlichen Gewalt des Staates befindet oder zur Zeit der Verübung des Vergehens im Inlande seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hatte. Dieser Umstand kann jedoch, wie schon oben bemerkt, nur in Bezug auf die Zweckmäßigkeit, nicht aber auch in Bezug auf die Zulässigkeit der direkten Vorladung von Einfluß sein.

Nachdem, wie gezeigt, in §. 13 des neuen Preßgesetzes der Verleger oder dessen Geschäftsführer und der Drucker für verantwortlich erklärt sind, so erscheint die ausdehnende Auslegung des §. 367 der Str.P.O. in Bezug auf diese Personen, wenn sie auf der Druckschrift benannt sind, gewiß als gerechtfertigt. Denn es ist wohl allgemein anerkannt, daß die Vorschriften im Strafverfahren auch analog zur Anwendung gebracht werden dürfen.

Bekk, Anmerkung zum Einführungsgesetz vom 5. Februar 1851 S. 125–527.

Und wie in den Annalen XXXIV. S. 229 Note 3, treffend bemerkt ist, so sollte, vom kritischen und gesetzgeberischen Standpunkt betrachtet (wie ich noch beifüge, namentlich Angesichts der Bestimmung in §. 369 der Str.P.O. besagend: „Preßsachen sind als eilende zu behandeln"), die direkte Vorladung zur Hauptverhandlung in hiezu geeigneten Fällen eher befördert als beschränkt, somit der §. 367 ausdehnend angewendet werden.

Ich fasse somit die bisherige Ausführung kurz dahin zusammen, daß theils nach dem Wortlaut, theils nach dem Grunde des Gesetzes die in §. 367 der Str.P.O. vorgesehene direkte Vorladung zur Hauptverhandlung gegen **jede** der in §. 13 des neuen Preßgesetzes für haftbar erklärten Personen, somit nicht nur gegen den Verfasser, sondern auch gegen den Herausgeber (Redakteur), Verleger oder dessen Geschäftsführer und den Drucker, wenn sie sich auf der Druckschrift genannt haben, stattfindet.

Dagegen ist die direkte Vorladung unzulässig, wenn und insofern die erwähnten Personen auf der Druckschrift nicht genannt sind, indem alsdann die Schuld nicht offen vorliegt, sondern eine Untersuchung gepflogen werden muß, Zeugen einzuvernehmen sind u. s. w. Wird z. B. die Anklage gegen den auf der Druckschrift genannten Redacteur, Verleger oder Drucker und zugleich gegen eine andere Person, welche auf der Druckschrift nicht genannt ist, gerichtet, so findet der §. 367 keine Anwendung, sondern hat das gewöhnliche Verfahren nach §. 364 und 365 gegen sämmtliche Angeklagten einzutreten, da selbstverständlich das Verfahren gegen die einzelnen Angeklagten kein verschiedenes sein kann.

Ebenso findet der §. 367 keine Anwendung, wenn gegen einzelne und verschiedene der in §. 13 des neuen Preßgesetzes haftbar erklärten Personen Anklage mit der Anschuldigung erhoben wird, daß sie vorsätzlich zur Verübung des Vergehens mitgewirkt haben, weil alsdann die Schuld gleichfalls nicht offen vorliegt, sondern Untersuchung gepflogen werden muß. Denn es ist Sache des Anklägers, den Vorsatz, die vorsätzliche Mitwirkung dieser Personen zu beweisen und es steht mit den bekannten allgemeinen strafprozessualischen Grundsätzen im Widerspruch, wenn in dem von Bertheau in der ersten Kammer erstatteten Commissionsbericht über den Entwurf des Preßgesetzes von 1867 S. 5 gesagt ist, daß jene Personen nachzuweisen haben, daß sie nicht vorsätzlich handelten, wie v. Feder in dem von der zweiten Kammer erstatteten ersten Commissionsbericht von 1867 S. 4 richtig bemerkt hat. Ferner ist die direkte Vorladung unzulässig, wenn die Anklage gegen die Verbreiter einer Druckschrift gerichtet ist. Denn der Verbreiter von Druckschriften ist nicht auf der Druckschrift genannt und durch das neue Preßgesetz nicht mehr wie in §. 19 des Preßgesetzes von 1851 für verantwortlich erklärt, er ist mithin aus der Reihe der formal haftbaren Personen gestrichen, daher gemäß § 12 des neuen Preßgesetzes nur dann haftbar, wenn er nach den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen als Theilnehmer an dem Vergehen oder als Gehilfe strafbar erscheint, was gleichfalls eine Untersuchung erforderlich macht.

Soviel über die Zulässigkeit der direkten Vorladung.

Eine andere Frage ist aber die Frage der Zweckmäßigkeit, d. h. die Frage, ob und inwiefern es jetzt noch als geeignet erscheint, von der direkten Vorladung Gebrauch zu machen, nachdem das neue Preßgesetz hinsichtlich der Verantwortlichkeit mehrfach Abänderungen getroffen hat? Ueber diese Frage hat übrigens lediglich die Anklagebehörde und nicht die richterliche Behörde zu entscheiden.

Gegen den Verfasser, der sich auf der Druckschrift selbst genannt hat, wird nach wie vor ohne Anstand von der direkten Vorladung stets Gebrauch zu machen sein, weil, wie auch v. Feder im oben angeführten ergänzenden Commissionsbericht S. 3 sagt, ein Verfasser, gegen welchen die direkte Vorladung verfügt wird, keine voraus verantwortliche Person bezeichnen kann.

(Schluß folgt.)

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro November 1868. No. 9.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 9.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat November 1868.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Dienstag den 3. November.	
80	Armbruster gegen Armbruster. — Eigenthumsfreiheit.	Burger.
60	Herder gegen Gerber. — Dienstbarkeit.	Wedekind. — Geißmar.
	Donnerstag den 5. November.	
100	Schmid gegen Schmid. — Ehescheidung.	A. Gutmann. — Gamber.
77	Cohn gegen Frank. — Forderung.	Fürst. — Friedmann.
	Dienstag den 10. November.	
74	Unterlenzkirch gegen Beck. — Forderung.	Esser. — Geißmar.
78	Rummel gegen Hördt. — Forderung.	Barazetti. — Grimm.
	Donnerstag den 12. November.	
95	Hetzel gegen Hetzel und Stuck. — Forderung.	Ruef. — Esser.
109	Mackenrodt gegen Hetzel und Stuck. — Forderung.	Ruef.
	Dienstag den 17. November.	
114	Sulzbach gegen Binzer. — Eigenthumsanspruch.	A. Gutmann.
51	Kalt gegen Fiscus. — Entschädigung.	Bertheau. — Esser.
	Donnerstag den 19. November.	
110	Schlegel gegen Schlegel. — Pfandrecht.	Hoßner.
71	Adam gegen Klöpfmüller. — Forderung.	Grafmüller. — Hink.
	Dienstag den 24. November.	
79	Birnstiel gegen Eberle. — Forderung.	Bracht. — Fürst.
75	Huber gegen Fiscus. — Entschädigung.	Bertheau. — Grimm.
	Donnerstag den 26. November.	
88	Kath. Oberstiftungsrath gegen Oberschulrath. — Kath. Schulfonds-anerkennung.	Barazetti. — Joos.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 21.

(Schluß von Art. 140.)

Was die übrigen in §. 13 des neuen Preßgesetzes genannten Personen — nämlich den Herausgeber (Redakteur), den Verleger oder dessen Geschäftsführer und den Drucker betrifft, so ist ihre Haftbarkeit nur eine formale und sie können, insofern sie nicht vorsätzlich zur Verübung des Vergehens mitgewirkt haben, die Anklage an eine voraus verantwortliche Person, d. h. an einen in der gesetzlichen Reihenfolge vor ihnen Genannten (Vormann) oder an einen strafrechtlich haftbaren Verfasser mit der Wirkung verweisen, daß sie von dieser formalen Haftbarkeit frei werden, vorausgesetzt, daß Derjenige, an welchen die Anklage verwiesen werden soll, sich im Bereiche der richterlichen Gewalt des Staates befindet, oder zur Zeit der Verübung des Vergehens — im Inlande seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hatte. Wird von diesem Rechte innerhalb der in §. 365 und 366 der Str.P.O. festgesetzten Fristen Gebrauch gemacht, so geht das abgekürzte Verfahren in das gewöhnliche Verfahren über. §. 13 des neuen Preßgesetzes.

Es wird daher zweckmäßig sein, gegen jene Personen die direkte Vorladung jedenfalls dann eintreten zu lassen, wenn diese Personen voraussichtlich auf einen Vormann sich nicht berufen können, also namentlich dann, wenn die Druckschrift von einem Ausländer im Auslande verfaßt, gedruckt und herausgegeben wird, oder wenn der in einer inländischen Zeitschrift oder Zeitung erschienene Aufsatz oder Artikel einer im Ausland verfaßten, gedruckten und herausgegebenen Druckschrift entnommen ist.

Aber auch in anderen Fällen wird es am Platze sein, gegen jene Personen von der direkten Vorladung Gebrauch zu machen, sobald eben anzunehmen ist, daß jene Personen auf einen Vormann sich nicht berufen können oder sich nicht berufen werden.

2) Welches Gericht hat bei der direkten Vorladung die gerichtliche Beschlagnahme einer Druckschrift zu verfügen?

Darüber kann kein Zweifel obwalten, daß beim gewöhnlichen Verfahren in allen Preßsachen sowie auch bei der direkten Vorladung, wenn das Amtsgericht selbst zur Aburtheilung zuständig ist, das Amtsgericht die Beschlagnahme zu verfügen hat.

Was aber die kreis- und schwurgerichtlichen Preßsachen betrifft, so hat man sich schon unter der Herrschaft des Preßgesetzes von 1851 dahin entschieden, daß in diesen Fällen auch bei der direkten Vorladung gleichfalls das Amtsgericht es ist, welches die Beschlagnahme zu verfügen hat, obwohl sich nicht verkennen läßt, daß hiebei im einzelnen Falle auffallende Widersprüche vorkommen können, daß z. B. das Amtsgericht die gerichtliche Beschlagnahme versagen, dagegen das Hofgericht (jetzt Raths- und Anklagekammer) die Anklage für begründet erklären könnte oder umgekehrt. Annalen XXI. S. 69.

Nach dem neuen Preßgesetz muß obige Frage in gleicher Weise beantwortet werden. Denn nach §. 21 und 22 des neuen Preßgesetzes hat die Anlegung und Bestätigung des Beschlages durch den zur Untersuchungsführung zuständigen Richter zu geschehen.

Unter dem zur Untersuchungsführung zuständigen Richter ist aber das Amtsgericht zu verstehen, weil gemäß §. 18 der Gerichtsverfassung — selbst in Strafsachen, welche die Gerichtsbarkeit der Amtsgerichte übersteigen, die Amtsgerichte die Untersuchung zu führen haben, wenn sie nicht dem Untersuchungsrichter des Kreisgerichts übertragen wird. Jedenfalls ist die Raths- und Anklagekammer kein zur Untersuchungsführung zuständiges Gericht. Eigentlich ist in kreis- und schwurgerichtlichen Preßsachen bei der direkten Vorladung das Kreisgericht (Strafkammer) beziehungsweise der Schwurgerichtshof das zuständige Untersuchungsgericht, weil erst in der Hauptver-

handlung die Untersuchung beginnt. Allein die Strafkammer und der Schwurgerichtshof treten erst dann in Funktion, wenn die Raths- und Anklagekammer die Sache an diese Stellen verwiesen hat. Wenn daher die Beschlagnahme nur von dem Kreisgericht (Strafkammer), beziehungsweise von dem Schwurgerichtshof verfügt werden könnte, so würde der Zweck der Beschlagnahme ganz vereitelt werden, indem von der Zustellung der Anklage und des Verweisungsbeschlusses bis zur Anordnung der Hauptverhandlung die ausgedehnteste Verbreitung der Druckschrift stattfinden könnte. Zudem sind weder das Kreisgericht (Strafkammer) noch der Schwurgerichtshof in irgend einem Gesetze als das zur Untersuchungsführung zuständige Gericht bezeichnet.

Hiernach ist das **Amtsgericht dasjenige Gericht, welches in allen Preßsachen, auch bei der direkten Vorladung — die gerichtliche Beschlagnahme zu verfügen hat.**

3) Ist bei der directen Vorladung ein Verweisungsantrag zu stellen und ein Verweisungsbeschluß zu erlassen und in welchen Fällen?

Man hat schon mehrfach die Ansicht ausgesprochen, daß es bei der direkten Vorladung — eines Verweisungsantrags und eines Verweisungsbeschlusses im Sinne des §. 207 der Str.P.O. nicht bedarf, sondern in allen Preßsachen die Raths- und Anklagekammer ohne weitere Formen die Hauptverhandlung anzuordnen hat. Allein diese Ansicht ist in ihrer Allgemeinheit nicht richtig. Der §. 367 der Str.P.O. enthält hierüber keine ausdrückliche Bestimmung, er schreibt nur vor, daß mit Umgehung einer Voruntersuchung die Anklageschrift der Raths- und Anklagekammer zu übergeben ist und das Gericht, an welches die Sache verwiesen wird, dem Angeklagten die Anklageschrift zuzustellen und ihn unter dem Rechtsnachtheile des §. 365 zur Verhandlung und Aburtheilung vorzuladen hat.

Es sind daher in Beziehung auf diese Frage gemäß §. 362 die allgemeinen Vorschriften der Prozeßordnung auch bei der direkten Vorladung maaßgebend, weil im Tit. XXIV. hierüber keine besonderen Bestimmungen getroffen sind.

Man muß somit unterscheiden zwischen amtsgerichtlichen und kreis- und schwurgerichtlichen Preßsachen.

In **amtsgerichtlichen Preßsachen** ist zu Folge §. 304. 323. 366 ein förmlicher Verweisungsbeschluß nicht zu erlassen.

Der §. 367 hat zwar, wie der § 47 des Preßgesetzes von 1851, seinem Wortlaute nach eigentlich nur kreis- und schwurgerichtliche Preßsachen im Auge.

Allein schon der §. 47 des Preßgesetzes von 1851 wurde auch auf die Preßsachen ausgedehnt, wo das Amtsgericht das urtheilende Gericht ist.

> Bekk, Erläut. zu §. 47 des Preßgesetzes von 1851 S. 88 und 89.

Eine solche ausdehnende Anwendung des §. 367 der Str.P.O kann umsoweniger einem Bedenken unterliegen, als nach § 301 bei amtsgerichtlichen Strafsachen auch in anderen Fällen eine Voruntersuchung unterbleiben kann.

Nach Beilage I. Ziff. 28 des Gerichtsverfassungsgesetzes in Verbindung mit § 5 des Einführungsgesetzes vom 5. Februar 1851 gehören auch Preßsachen zur Gerichtsbarkeit der Amtsgerichte, soweit sie nicht den Schwurgerichten zugewiesen sind und nicht wegen der zu erkennenden Strafe oder wegen der Beschaffenheit des Vergehens vor die Kreisgerichte gehören, also namentlich durch die Presse verübte Ehrenkränkungen und Verläumdungen, welche von einem Privatankläger oder vom Saatsanwalt für oder gegen niedere öffentliche Diener verfolgt werden.

> Ammann, Anmerkung zur Gerichtsverfassung Beil. I. Ziff. 28 S. 39 Ziff. 35.

In § 366 der Str.P.O. wird vorausgesetzt, daß die Amtsgerichte auch über Preßsachen abzuurtheilen haben.

Wenn daher in einer zur amtsgerichtlichen Gerichtsbarkeit gehörigen Preßsache keine höhere Strafe als 8 Wochen Gefängniß oder 300 fl. in Geld beantragt ist, somit nach §. 15 der Gerichtsverfassung und §. 314. 327. 370 der Str.P.O. jedenfalls nur das **Amtsgericht** zu urtheilen hat, so kann die Anklage unter Bezugnahme auf §. 367 der Str.P.O. bei diesem übergeben, sofort vom Amtsgericht Hauptverhandlung angeordnet und überhaupt das daselbst bestimmte Verfahren eingehalten werden. Wenn aber eine höhere Strafe als 8 Wochen Gefängniß oder 300 fl. in Geld beantragt ist, es also vom Ermessen des Amtsgerichts abhängt, die Sache, insofern es eine Freisprechung oder eine geringere Strafe für begründet erachtet, selbst zu erledigen oder sie andernfalls der Raths- und Anklagekammer vorzule-

gen, so findet der §. 367, der sich mit §. 314 und 323 nicht vereinigen läßt, keine Anwendung, sondern es ist das gewöhnliche Verfahren in Preßsachen nach §. 363—366 einzuleiten.

Bei kreis- und schwurgerichtlichen Preßsachen muß wieder unterschieden werden zwischen Privatanklagesachen und anderen kreis- und schwurgerichtlichen Preßsachen.

In den nach §. 26 Ziff. I. und Beil. I. Ziff. 6 der Gerichtsverfassung zur Gerichtsbarkeit der Kreisgerichte gehörenden Privatanklagesachen, wohin nach §. 328 der Str.P.O. auch die vom Staatsanwalt erhobenen Anklagen wegen Beleidigung gegen öffentliche Behörden und gegen öffentliche zu der in § 657 des Str.G.B. bezeichneten Kategorie gehörigen Diener bei Ausübung des Dienstes und in Beziehung auf den Dienst, sowie wegen Beleidigung gegen fremde Regenten und Gesandte zu rechnen sind, ist gemäß §. 323 ein Verweisungsbeschluß im Sinne des §. 207 nicht zu erlassen, sondern wird von der Raths- und Anklagekammer die Hauptverhandlung angeordnet.

Dagegen ist in anderen kreisgerichtlichen und in den schwurgerichtlichen Preßsachen bei der direkten Vorladung ein förmlicher Verweisungsbeschluß absolut nothwendig, weil auch bei Preßsachen gemäß §. 362, wie schon oben erwähnt, die allgemeinen Vorschriften der Prozeßordnung gelten, insofern in Tit. XXIV. keine besonderen Bestimmungen getroffen sind.

In diesem Titel ist aber namentlich in §. 367 eine Abänderung des §. 207 nicht beliebt worden, und der §. 323 kann als Ausnahmsbestimmung auf andere Preßsachen als Privatanklagesachen nicht ausgedehnt werden. Es wäre in der That eine sonderbare Inconsequenz, wenn z. B. bei der Herabwürdigung der Religion, der Majestätsbeleidigung, der Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung, insofern sie durch die Presse verübt sind, ein Verweisungsantrag und Verweisungsbeschluß nicht nothwendig wäre, wohl aber dann, wenn diese Verbrechen in anderer Weise, als durch die Presse begangen sind. Eine solche Inconsequenz war allerdings in dem Preßgesetz von 1851 vorhanden, indem in §. 48 daselbst bestimmt ist:

„Eignet sich die Sache zur Aburtheilung durch das Schwurgericht, so treten nach geschlossener Voruntersuchung die für dieses Verfahren gegebenen besonderen Bestimmungen ein."

„In den Fällen des §. 47 kann jedoch, wenn der Staatsanwalt mit Umgehung einer gerichtlichen Voruntersuchung die Anklageschrift übergibt, das Hofgericht, sofern es die Anklage für begründet hält, den Angeklagten über die Anklageschrift durch den Untersuchungrichter vernehmen lassen und insofern derselbe keine erheblichen Entschuldigungsthatsachen vorbrachte, ihn ohne weitere Formen in die nächste Schwurgerichtssitzung, selbst noch in eine Sitzung des schon versammelten Schwurgerichts vorladen."

Allein diese letztere Bestimmung ist weder in den Tit. XXIV. der Str.P.O. noch in das neue Preßgesetz übergegangen.

Damit hat der Gesetzgeber gewiß deutlich zu erkennen gegeben, daß in kreis- und schwurgerichtlichen Preßsachen, außer in Privatanklagesachen, auch bei der direkten Vorladung ein Verweisungsantrag gestellt und ein Verweisungsbeschluß erlassen werden muß, besonders wenn man bedenkt, daß nach dem Einführungsgesetz vom 5. Februar 1851 nur in schwurgerichtlichen und nicht auch in hofgerichtlichen Strafsachen ein Verweisungsbeschluß zu erlassen war.

Das großh. Oberhofgericht hat in dem Prozeß Schneider die gegentheilige Meinung angenommen und sich dahin ausgesprochen, daß bei der direkten Vorladung die Erlassung eines förmlichen Verweisungsbeschlusses nicht nothwendig sei. Diese Entscheidung ist folgend motivirt:

Es liege die Eröffnung eines förmlichen Verweisungsbeschlusses an den Angeklagten und die Gewährung einer besonderen Frist zur Beschwerdeführung hiegegen mit Aufhaltung des Verfahrens im Falle des §. 367 unzweifelhaft nicht im Sinne der Gesetzgebung. Es würde die entgegengesetzte Auffassung des Gesetzes nicht nur der Fassung des §. 367 nicht entsprechen, sondern auch mit dem Geiste und Zwecke dieser Gesetzesbestimmung in auffallenden Widerspruch gerathen, da es hierdurch lediglich in die Hand des Angeklagten gelegt wäre, die vom Gesetz bezweckte besondere Abkürzung und Beschleunigung des Verfahrens nach Belieben sofort zu vereiteln und so den Hauptzweck und die wesentliche Bedeutung des abgekürzten Verfahrens, das ein besonders beschleunigtes sein soll, in Wahrheit zu vernichten.

So lautet die oberhofgerichtliche Begründung.

Annalen XXXIV. S. 230 231.

Abgesehen davon, daß das großh. Oberhofgericht in

einem anderen Prozeß, den ich unten erwähnen werde, bei der direkten Vorladung selbst schon einen förmlichen Verweisungsbeschluß erlassen hat, so ist man den Beweis dafür schuldig geblieben, daß eine andere Auffassung des Gesetzes mit der Fassung des §. 367 und mit dem Geiste und Zwecke dieser Gesetzesbestimmung im Widerspruch stehe. Quod enim erat demonstrandum. Die Fassung des §. 367 spricht weder für die eine noch für die andere Ansicht, indem der §. 367 blos verordnet, daß mit Umgehung einer Voruntersuchung die Anklageschrift sofort der Raths- und Anklagekammer zu übergeben ist, und daß das Gericht, an welches die Sache verwiesen wird, dem Angeklagten die Anklageschrift zuzustellen und denselben unter dem Rechtsnachtheile des §. 365 zur Verhandlung und Aburtheilung vorzuladen hat. Hiernach ist also bei der direkten Vorladung jedenfalls eine Verweisung von Seite der Raths- und Anklagekammer nothwendig. In welcher Form aber diese Verweisung zu erlassen ist, ob in der Form des §. 207 oder in jener des §. 323, darüber hat der §. 367 nichts bestimmt, es sind daher gemäß §. 362 eben diese Vorschriften in §. 207 und 323 auch in Preßsachen maaßgebend und hierdurch ist die Form des Verweisungsbeschlusses von selbst entschieden. Gerade deßhalb wurde in §. 367 eine unbestimmt lautende Fassung gewählt, weil die Form des Verweisungsbeschlusses eine verschiedene ist und sein muß, je nachdem die Preßsache eine Privatanklage oder eine andere kreisgerichtliche oder schwurgerichtliche Strafsache betrifft.

Der Zweck der Bestimmung in §. 367 ist allerdings auf eine besondere Abkürzung und Beschleunigung des Verfahrens, somit auf eine möglichst rasche Erledigung der Preßprozesse gerichtet. Allein die Abkürzung und Beschleunigung des Verfahrens soll nicht soweit gehen, daß die wesentlichsten Vorschriften des Verfahrens, wohin in kreis- schwurgerichtlichen Strafsachen die Vorschrift in §. 207 gehört, verletzt oder umgangen werden dürfen. Wenn auch durch die Eröffnung des Verweisungsbeschlusses und durch die hiegegen ergriffene Beschwerdeführung das Verfahren etwas aufgehalten wird, so ist und bleibt bei der direkten Vorladung das Verfahren doch immerhin noch ein viel kürzeres, als beim gewöhnlichen Verfahren, weil bei der direkten Vorladung die Voruntersuchung umgangen wird, beim gewöhnlichen Verfahren aber eine Voruntersuchung nach §. 365 und 366 zu pflegen und nach geschlossener Voruntersuchung in kreis- und schwurgerichtlichen Preßsachen, insofern sie nicht auf einer Privatanklage beruhen, gemäß §. 207 ein Verweisungsantrag zu stellen und ein Verweisungsbeschluß zu erlassen ist, wogegen nach §. 213 die Beschwerdeführung stattfindet.

Die oberhofgerichtliche Begründung ist somit nicht stichhaltig.

Man hat ferner dafür, daß bei der direkten Vorladung ein förmlicher Verweisungsbeschluß nicht nothwendig sei, geltend gemacht, daß beim eigentlichen Anklageverfahren ein Verweisungsbeschluß überhaupt nicht stattfinde und hat sich deßfalls auf § 323 berufen und weiter gesagt, daß Preßsachen nach §. 362 ff. vom Gesetz in ganz ähnlicher Weise, wie Privatanklagen, behandelt werden, daß namentlich in gleicher Weise nach §. 364 eine Anklage erhoben werden müsse und der §. 365 geradezu auf die §§. 321. 322 (im Titel von der Privatanklage) hinweise.

Annalen XXXIV. S. 230. Note 7.

Es wird nicht schwer fallen, diese Argumentation, welche auch vom großh. Oberhofgericht nicht adoptirt wurde, zu widerlegen.

Vor Allem ist zu bemerken, daß die Consequenz dieser Argumentation zu dem Resultat führen würde, daß in allen Preßsachen, sogar in schwurgerichtlichen und zwar nicht nur bei der direkten Vorladung, sondern auch beim gewöhnlichen Verfahren ein förmlicher Verweisungsbeschluß nicht nothwendig wäre, weil in allen Preßsachen im Wesentlichen das gleiche Anklageverfahren besteht. Ich möchte aber sehr bezweifeln, ob die Urheber jener Argumentation derselben eine solche Tragweite beimessen wollten. Es würde dieses auch im Widerspruche stehen mit der constanten Praxis aller Gerichtshöfe unseres Landes, namentlich des großh. Oberhofgerichts.

Annalen XXXI. S. 241 ff.

Schon hieraus ergibt sich die Unstichhaltigkeit jener Argumentation.

Dem sei übrigens, wie ihm wolle, jedenfalls ist nicht richtig, wenn behauptet wird, daß beim eigentlichen Anklageverfahren ein förmlicher Verweisungsbeschluß überhaupt nicht stattfinde. Für Schwurgerichtssachen besteht ja auch das eigentliche Anklageverfahren, §§. 215. 216, und doch muß in solchen Sachen stets ein Verweisungsbeschluß erlassen werden. Nur für Privatanklagesachen

ist in §. 323 vorgeschrieben, daß es eines Verweisungsbeschlusses im Sinne des §. 207 nicht bedarf.

Nun sind aber, wie die Urheber jener Argumentation selbst anerkennen, Preßsachen nicht immer Privatanklagesachen und denselben nicht ganz gleichgestellt. In einzelnen Punkten sind die Preßsachen allerdings in ähnlicher Weise wie die Privatanklagesachen behandelt, indem nach §. 364 eine Anklage erhoben werden muß, und in §. 365 auf die §§. 321 und 322 verwiesen ist.

Allein in anderen Punkten ist bei Preßsachen eine Abweichung von dem Verfahren über die Privatanklage verordnet, z. B. in §. 365—368. Daraus folgt doch gewiß, daß die Bestimmungen über die Privatanklagen im Tit. XXI. auf Preßsachen nicht unbedingt anwendbar sind.

Sodann verordnet der §. 362 nicht, daß die Bestimmungen über die Privatanklage überhaupt für alle Preßsachen gelten, sondern es besagt der §. 362 nur, daß für Verfolgung der Preßvergehen die Vorschriften der Prozeßordnung gelten, insofern nicht der Tit. XXXIV. besondere Bestimmungen getroffen hat. Es gelten also für Preßsachen die Vorschriften im Tit. XVI. ebensogut als jene im Tit. XX. und XXI. Darnach ist in amtsgerichtlichen Preßsachen gemäß §. 304. 323 Abs. 1. 366, sowie in kreisgerichtlichen Preßsachen, die auf einer Privatanklage beruhen, zufolge §. 323 Abs. 2 ein förmlicher Verweisungsbeschluß nicht nothwendig. Dagegen muß in allen anderen kreisgerichtlichen und in schwurgerichtlichen Preßsachen nach §. 207 ein förmlicher Verweisungsbeschluß ergehen, was durch den oben angeführten Umstand außer allen Zweifel gesetzt ist, durch den Umstand nämlich, daß der §. 48 des Preßgesetzes von 1851, wornach in schwurgerichtlichen Preßsachen bei der direkten Vorladung ein förmlicher Verweisungsbeschluß nicht zu erlassen war, weder im Tit. XXIV. noch im neuen Preßgesetz Aufnahme gefunden hat.

Dieser letztere Umstand ist gewiß das schlagendste Argument für die hier vertheidigte Ansicht und gegen die neuste oberhofgerichtliche Entscheidung.

Das großh. Oberhofgericht ist auch in nachstehendem Falle der diesseitigen Ansicht gefolgt.

Von der Staatsanwaltschaft in Konstanz wurde gegen Wilhelm Moriell von Radolfzell, Redakteur der Freien Stimme vom See und Höhgau, eine Anklage wegen Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung durch die Presse erhoben und mit Umgebung einer Voruntersuchung die Anklageschrift sammt einem, dem §. 207 entsprechenden Verweisungsantrag der Raths- und Anklagekammer übergeben. Diese verfügte jedoch Einstellung nach §. 206 Ziff 4. Auf die von der Staatsanwaltschaft hiergegen ergriffene Beschwerde wurde vom großh. Oberhofgericht durch Erkenntniß vom 31. März d. J. die Beschwerde für begründet erklärt und ein förmlicher Verweisungsbeschluß nach §. 207 und nicht blos eine Verweisung nach §. 323 erlassen.

Haager.

141.

— Der redliche Besitzer (L.R.S. 550) ist von der Pflicht zum Früchteersatze befreit.

L.R.S. 549 vergl. mit L.R.S. 138 u. 1155a.
Brauer, Erl. Band 3 zu Satz 1155a.
Stabel, Vorträge S. 136. 137.
Annalen XXXII. S. 17.
Vergl. Archiv II. S. 390.
Zachariä §. 201 Bd. I. S. 501 ff.
§. 336 Note 3. 4 Bd. II. S. 320.
Troplong de la vente nro. 652. 653.

— Die Verbindlichkeit, den Unterhaltungsaufwand und die jährlichen öffentlichen Lasten und Abgaben für die Früchte tragende Liegenschaft zu bestreiten, ist ein Correlat des Früchtegenusses.

Vergl. L.R.S. 1682 und L.R.S. 605. 608.
Annalen IX. Beibl. 9 S. 33.
Zachariä §. 201 am Schlusse Band I. S. 504, §. 228 Ziff. 3 Band II., S. 19 und Note 18.

— Nur der Nettogewinn an Früchten ist zu erstatten, der zum Ersatz Verpflichtete darf also den auf Gewinnung der Früchte verwendeten Aufwand abrechnen.

Zachariä a. a. O.

In Sachen
der Maria Föhr in Freiburg, Klägerin, Appellatin, Oberappellatin
gegen
ihren geschiedenen Ehemann Andreas Sum-

ser von da, Beklagten, Appellanten, Oberappellanten,

Vollzug einer Vermögensabsonderung betreffend.

Der Beklagte, Oberappellant, hatte sich gegen das Urtheil des Appellationssenats des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg vom 5. Juni 1867, beziehungsw. dessen Erläuterungserkenntniß vom 12. September 1867 deßhalb beschwert, weil:

1) er nicht für berechtigt erklärt worden, die Einnahmen der Klägerin mit 4800 fl. ihr in vollständigem Betrage aufzurechnen, sondern zwischen zwei Einnahmsperioden unterschieden worden sei 2c.

Allein das großh. Oberhofgericht sprach in den Gründen zu seinem Urtheil vom 10. September 1868 aus, das Appellationsgericht habe mit Recht zwei Perioden unterschieden, und angenommen, daß die Klägerin bis zum 3. Dezember 1862, wo ihr das hofgerichtliche Urtheil vom 10. November 1862 behändigt ward, welches die Mängel ihres Eigenthumstitels darlegte, redliche Besitzerin des Hauses des Beklagten war, von da an aber nicht mehr; daß sie also die in der ersten Periode aus der Vermiethung der Schlafstellen im Hause bezogenen bürgerlichen Früchte (die Schlafgelder der Uebernachtenden) dem Beklagten als Eigenthümer des Hauses nicht ersetzen, aber auch die in derselben Zeit auf das Haus gemachten Verwendungen als Lasten (Correlat) des Früchtegenusses auf sich behalten, dagegen die in der zweiten Periode erhobenen Miethgelder, nach Abzug der mit dieser Einnahme verbundenen Auslagen dem Beklagten ersetzen muß.

Der Gerichtshof gab bei der Auslegung der L.R.S.S. 549 und 550 in Verbindung mit 1155a der Ansicht den Vorzug, welche den redlichen Besitzer von der Ersatzpflicht der Früchte befreit, weil dieses Ergebniß sowohl ähnlichen Bestimmungen des Landrechts (L.R.S. 555), als dem gemeinen Rechte entspricht.

Vrgl. Stabel, Vorträge S. 136. 137. Red.

142.

Ist der Gerichtsstand der gelegenen Sache für Pfandstrichsklagen nach L.R.S. 2159 ausschließlich?

So angenehm es für die Leser der Annalen ist, daß in der trefflichen Arbeit von Schmidt die frühere Mittheilung von französischen Präjudizien fortgesetzt wird, muß ich mir doch erlauben, meine Bedenken gegen die von ihm in Annalen 33 S. 338 ausgesprochene allgemeine Bejahung der obigen Frage vorzutragen, weil diese Meinung im Widerspruche ist mit einer so ziemlich allgemeinen Praxis.

Es ist zwar ganz richtig, daß der dort als Beleg für die fragliche Ansicht angeführte Com.Ber. so, wie angegeben, lautet; allein die Com Berichte sind nicht Gesetz und drücken häufig nur die Privatansicht des Berichterstatters aus, namentlich wenn es sich, wie im vorliegenden Falle, nur um gelegentliche Aeußerungen handelt. Vergl. Puchelt, Str.G.B. S. 16. Weder in den Motiven noch im Com.Ber. der I. Kammer ist aber die Kusel'sche Ansicht gebilligt, indem Letzterer sich gar nicht über die betreffende Frage äußert, erstere aber S. 10 zu §. 27 des Entw. (jetzt §. 26) bemerken: „Der Gerichtsstand der gelegenen Sache ist in vielen Staaten ein ausschließlicher, d. h. die dinglichen Klagen müssen bei demselben erhoben werden und auch die Kommission in Hannover hat ihn für einen ausschließlichen erklärt. Ausschließlich ist er unzweifelhaft den ausländischen Gerichten gegenüber (L.R.S. 3), und man hat dies in §. 53 ausgesprochen. Gegen die bisherige Gesetzgebung in der Ausschließlichkeit dieses Gerichtsstandes weiter zu gehen, hat man keine genügenden Gründe gefunden." (Abgedruckt in von Freydorf Pr.O. S. 370.)

Der Schlußsatz hievon spricht meines Erachtens deutlich die Ansicht der Regierung dahin aus, daß bei uns außer dem aus L.R.S. 3 folgenden, und jetzt im Pr.O. §. 53 ausdrücklich bestätigten kein Fall von Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes der gelegenen Sache gegenüber den allgemeinen Gerichtsständen bestehe. Dieser Ausspruch wird um so erheblicher, als dabei auch auf das Landrecht Bedacht genommen ist.

Bei solchem Widerstreit der gesetzgeberischen Faktoren muß man sich an den Wortlaut des Gesetzes halten. Wenn nun auch L.R.S. 2159 gebietend spricht, so ist doch in der von Schmidt erwähnten Entscheidung des Hofgerichts des Oberrheinkreises in Annalen 27 S. 201 (nicht 301) schon für das frühere Recht überzeugend dargethan, daß es sich dabei nur um Wiederholung des im französischen Prozeßrechte geltenden, allgemeinen Grundsatzes der Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes der gelegenen Sache handle, mithin bei dem entgegenstehenden

Grundsatze des bad. Prozeßrechts (§. 36 Ziff. 2 der bad. Pr.O. v. J. 1851) über Concurrenz des Gerichtsstandes des Wohnsitzes jene Bestimmung für uns keine Gültigkeit habe. Damit steht im Einklang, daß nach oberhofg. Jahrb. a. F. VI. S. 142 der oberste Gerichtshof wegen der anziehenden Kraft der Gant ausgesprochen hat, daß ungeachtet des L.R.S. 2159 die Klage eines Gantgläubigers gegen einen Anderen auf Nichtigkeit und Streichung eines Pfandeintrages vor das Gantgericht, und nicht vor das Gericht der gelegenen Sache gehöre.

In der Consequenz der Schmidt'schen Ansicht müßte man aber selbst die Richtigkeit dieses allgemein angenommenen Satzes bestreiten. Stemrf, Gantrecht S. 11.

Betrachtet man die Fassung der neuen Pr.O. in §. 53 Ziff. 2, so findet man eine weitere Unterstützung für meine Ansicht, weil dort die alte Pr.O. §. 36 die Abänderung erlitten hat, daß als ausschließlich nur der Gerichtsstand der gelegenen Sache gegenüber ausländischen Gerichten erklärt und im Uebrigen die Concurrenz der besonderen Gerichtsstände mit dem allgemeinen Gerichtsstande des Wohnsitzes ausgesprochen ist. Denn nach dem Satze „qui dicit de uno, negat de altero" ist in Uebereinstimmung mit den Regierungsmotiven die Unzulässigkeit anderer Fälle von Ausschließlichkeit gegenüber dem allgemeinen Gerichtsstande verkündet. Damit verschwindet auch der Grund aus L.R.S. 6c, weil dieser die Rechtsregel „lex generalis posterior non derogat legi speciali priori" dahin beschränkt, daß sie nicht gilt, wenn, wie im vorliegenden Falle, die Absicht der Aufhebung „durch nothwendige Folge aus dem Verordneten ausgesprochen ist."

Freydorf hat sich über die angeregte Frage nicht bestimmt ausgesprochen, scheint aber der Schmidt'schen Ansicht beizupflichten, da er S. 394 unter der erwähnten Entscheidung des oberrheinischen Hofgerichts mit den Worten: „Vergl. jedoch" auf den Com.Ber. von Kusel verweist.

Uebrigens bezieht sich das Gesagte nur auf die Concurrenz der allgemeinen Gerichtsstände des Wohnsitzes und der Gant, nicht aber auf jene der besonderen Gerichtsstände, da diesen gegenüber das durch Ausnahmen noch klarer hervortretende Gebot des L.R.S 2159 seine Bedeutung behält. Allerdings gibt Pr.O. §. 54 dem Kläger das Wahlrecht zwischen den zusammentreffenden Gerichtsständen, allein nach L.R.S. 2159 gibt es für die Pfandstrichsklage keine Concurrenz besonderer Gerichtsstände. Insoweit also ist die Ausführung von Schmidt über die Auslegung des L.R.S. 2159 auch für uns von practischer Bedeutung. Dr. Puchelt.

143.

Der Inhaber des Stammguts ist verbunden, den — auch nur eventuell — zum Familiengute Berechtigten, welche von dem Bestand und dem Ertrag desselben zur Wahrung ihrer Rechte Kenntniß nehmen wollen, Einsicht der Rechnungen der Gutsverwaltung zu gestatten.

§. 697 Ziff. 2 der Pr.O.

In Sachen

des Grafen Hugo von Ingelheim, zur Zeit in Oos bei Baden, jetzt in Wien, Klägers, Appellaten, Oberappellaten

gegen

die Grafen Philipp von Ingelheim in Geisenheim, Friedrich von Ingelheim in Hannover und Joseph von Ingelheim in Aschaffenburg, Beklagte, Appellanten, Oberappellanten,

Nichtigkeit eines Vertrags, hier Herausgabe von Urkunden betr.

Der Kläger schloß am 9. November 1864 mit dem Bevollmächtigten der Beklagten, Rentamtmann Simmler, einen Vertrag ab, worin er seine Zustimmung zu einem, die Erbfolge in die Familiengüter betr. Statute ertheilte, wogegen sich die Beklagten verpflichteten, ihm auf die in dem Vertrage näher bestimmte Weise 12,000 fl. zu zahlen und ihm außerdem nach dem Tode seines mitbeklagten Vater, des Grafen Philipp von Ingelheim, jährlich die Hälfte der reinen Revenüen, welche Letzterer an das gräfl. von Ingelheim'sche Fideicommißvermögen anzusprechen gehabt hätte, jedoch nur soweit diese Hälfte den Betrag von 4500 fl. nicht übersteigt, auf die Dauer seines Lebens zu entrichten.

Dieser Vertrag ward nun von dem Kläger als ungültig angefochten, indem derselbe in zweiter Reihe die widersprochene Behauptung aufstellte, daß er zur Eingehung des Vertrags durch falsche Vorspiegelungen des Rentamtmanns Simmler bewogen worden sei, indem die-

er ihm fälschlich vorgegeben habe, der Revenüenantheil seines Vaters könne sich nie höher als auf 10,000 fl. jährlich belaufen, also die ihm auch ohne die besondere Zusage dereinst zufallende Hälfte nach Abzug des nöthigen Aufwands nie über 4500 fl. betragen, während der erwähnte Revenüenantheil in Wirklichkeit durchschnittlich 20,000 fl. oder doch erheblich mehr als 10,000 fl. ausmache.

Die Beklagten wandten dagegen ein, daß der Kläger, nachdem er den wirklichen Ertrag des Revenüenantheils seines Vaters gekannt, den Rentamtmann Simmler beauftragt habe, die in dem Vertrage bezeichneten 12,000 fl. an seine Gläubiger zu zahlen, und daß diese Zahlung zum größten Theile auch erfolgt sei. Von Seiten des Klägers wurde nur diese Zahlung an sich zugestanden und das großh. Kreisgericht setzte die noch streitigen Thatsachen zum Beweis aus.

Der Kläger berief sich zum Beweise, daß der Revenüenantheil seines Vaters durchschnittlich 20,000 fl. oder doch erheblich mehr als 10,000 fl. betrage, zunächst auf die gräfl. von Ingelheim'schen Rentamtsrechnungen, soweit solche die Erträgnisse des Familienvermögens aus den letzten 20 Jahren zum Gegenstand haben. Dieselben Rechnungen machte er zur Gewissensvertretung gegenüber dem Eide geltend, der ihm über die widersprochene Behauptung der Beklagten zugeschoben worden war, und verlangte mittelst eines Editionsgesuchs die Vorlage jener Urkunden zur Einsicht und Prüfung durch Sachverständige. Der Besitz der Urkunden wurde von Seiten der Beklagten nicht in Abrede gestellt, sondern nur die Verbindlichkeit zur Vorlage bestritten; das großh. Kreisgericht entsprach indessen durch Erkenntniß vom 11. März 1867, No. 1378, besagend:

„Es wird erkannt, daß die Beklagten schuldig seien, die Rentamtsrechnungen, soweit sie die Erträgnisse des Familienvermögens nachweisen, zur Einsicht und Prüfung durch aufzustellende Sachverständige in einer anzuberaumenden Tagfahrt vorzulegen, widrigenfalls die Behauptungen des Klägers über ihren Inhalt für erwiesen angenommen werden.

Die Kosten dieses Erkenntnisses haben die Beklagten zu tragen,"

dem Editionsantrage, wogegen sich die Beklagten im Wege der Appellation beschwerten, allein es erging ein bestätigendes Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim, Appellationssenat II., vom 31. October 1867, aus folgenden

Gründen:

2c. Diese Appellation ist zulässig. Denn wenn auch das angefochtene Erkenntniß, weil es nur über einen im Laufe des Hauptverfahrens entstandenen Nebenpunkt entscheidet, als ein Zwischenurtheil betrachtet werden muß, gegen welches die Beschwerde nach §. 373 vergl. mit 375 der Pr.O. zur Verhütung von Verschleppungen im Allgemeinen erst mit der Appellation gegen das Endurtheil verbunden werden kann, so liegt doch hier der Ausnahmsfall des §. 374 der Pr.O. vor, wornach ein Rechtsmittel gegen prozeßleitende Verfügungen oder Zwischenurtheile sogleich zulässig ist, wenn die Partei die Gefahr eines Nachtheils bescheinigt, der durch die Verbindung ihrer Beschwerde mit der Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr gehoben werden kann. Es läßt sich nämlich nicht läugnen, daß die längere Entbehrung der verlangten Anzahl von Rechnungen sammt Belegen behufs ihrer Einsicht und Prüfung durch Sachverständige leicht Störung in der Vermögensverwaltung der Beklagten herbeiführt, auch die Besorgniß des zufälligen Verlustes einzelner Urkunden in Folge der Versendung und Benützung derselben nicht fern liegt, und es den Beklagten überhaupt nicht gleichgültig sein kann, wenn ihre Vermögens- und Einkommensverhältnisse zur Kenntniß dritter Personen gelangen.

Was das Editionsgesuch selbst betrifft, so könnte es zunächst scheinen, daß die Bestimmung des §. 697 Nr. 4b der P.O. hier Anwendung finde, wonach jede Partei berechtigt ist, von dem Gegner die Vorlage aller Urkunden zu fordern, welche sie wider den Gegner zur Entkräftung seines Beweises oder zur Führung des Gegenbeweises bedarf, indem sich der Kläger auf die Rechnungen auch zur Widerlegung des Beweissatzes der Beklagten berief. Allein der Kläger bedarf in der That der Rechnungen zu diesem Zwecke nicht, weil es von selbst einleuchtet, daß dieselben das Gegentheil der Thatsache, daß der Kläger, nachdem er den wirklichen Revenüenantheil seines Vaters gekannt, den Rentamtmann Simmler zur Zahlung der 12,000 fl. veranlaßt habe, niemals darzuthun im Stande sind.

Ebensowenig spricht die Vorschrift des §. 692 No. 4c der Pr.O. zu Gunsten des Klägers, inhaltlich welcher jede Partei von dem Gegner die Vorlegung der Handels- und Geschäftsbücher verlangen kann, wenn vom Beweise

der Lieferungen oder Zahlungen die Rede ist, für deren Aufzeichnungen dieselben bestimmt sind. Denn wenn auch die angerufenen Rechnungen als Geschäftsbücher im weitern Sinne zu betrachten sind, so handelt es sich hier doch nicht um den Beweis von Lieferungen oder Zahlungen im Sinne jener Gesetzesstelle.

Das Editionsgesuch ist dagegen aus einem andern Grunde gerechtfertigt. Es kann nämlich einem erheblichen Zweifel nicht unterliegen, daß die ordnungsmäßige Verwaltung größerer Güter die Führung fortlaufender Rechnungen erfordert, und daß ältere Rechnungen oft auch eine besondere Bedeutung für die spätern Inhaber eines Fideicommisses haben, indem sie z. B. bei Ablösung gewisser Berechtigungen als Anhaltspunkte zur Ermittlung des Ablösungskapitals dienen können. Da nun die Familienfideicommisse zum Besten der ganzen Familie errichtet sind und daher auch den künftigen Inhabern die Möglichkeit einer ordnungsmäßigen Verwaltung der Fideicommißgüter gewahrt werden muß, so folgt hieraus, daß jene Rechnungen einen Bestandtheil des Fideicommißarchives und mithin eine Zugehörde des Fideicommisses selbst bilden. Die Anwärter haben zwar nur ein eventuelles Eigenthum oder Miteigenthum an dem Fideicommisse, allein dieses eventuelle Recht äußert auch schon bei Lebzeiten der Vorgänger der Anwärter insoweit seine Wirksamkeit, als die Anwärter gegen jede Verfügung des Inhabers, welche ihre Nachfolge berührt, Einspruch zu erheben und Sicherheit zu fordern befugt sind.

Vrgl. Bluntschli, deutsches Privatrecht §. 68.

Das Statut, welches den Gegenstand des Vertrags vom 9. November 1864 bildet, enthält aber unbestrittenermaßen Verfügungen über die Nachfolge der Anwärter und da der Kläger im Falle der Richtigkeit der von ihm zu beweisenden Thatsachen seine Einwilligung zu dem Statute nach L.R.S. 1116 mit Recht als ungültig ansicht, so gebietet es die Sicherheit seines eventuellen Eigenthums oder Miteigenthums an dem Fideicommisse, daß ihm gestattet wird, die angerufenen Rechnungen durch Sachverständige einsehen und prüfen zu lassen. Sein eventuelles Eigenthum oder Miteigenthum an diesen Zugehörden des Fideicommisses gelangt mithin in dieser Hinsicht jetzt schon zur Wirksamkeit, und es läßt sich deßhalb die Bestimmung des §. 697 No. 1 oder 2 Pr.O. auf den vorliegenden Fall anwenden, wonach das Recht zur Herausgabe oder Vorlegung einer Urkunde auch durch das Eigenthum oder Miteigenthum an derselben begründet wird.

Auf die von den Beklagten ergriffene Oberappellation wurden am 22. September 1868 von großh. Oberhofgerichte die vorderinstanzlichen Erkenntnisse — unter Adoption der Entscheidungsgründe des Appellationssenats — bestätigt. Red.

144.

§. 20 der Prozeßordnung.

Der großh. Oberschulrath erhob als Vertreter der katholischen Schulpfründe zu Hoppetenzell bei der Civilkammer des Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe eine Klage gegen die katholische Meßnerpfründe zu Hoppetenzell, vertreten durch den katholischen Oberstiftungsrath in Karlsruhe, in welcher gebeten wurde, durch Urtheil auszusprechen, der katholische Oberstiftungsrath sei schuldig, Namens der katholischen Meßnerpfründe zu Hoppetenzell anzuerkennen, daß der Schulpfründe zu Hoppetenzell das Eigenthum an gewissen auf der Gemarkung Hoppetenzell gelegenen Grundstücken zustehe, und daß die Meßnerpfründe Hoppetenzell der Schulpfründe daselbst 206 fl. zu vergüten habe.

Die Civilkammer verfügte nach Anhör des klägerischen Vertreters, die Klage finde hier nicht statt.

Die Entscheidungsgründe besagen:

„Die beklagte Meßnerpfründe bildet, wie klägerischer Seits mit Recht behauptet wird, eine juristische Person (Bluntschli, deutsches Privatrecht §. 44) und das zur Dotation des Meßnerdienstes bestimmte Pfründevermögen gehört zu dem örtlichen katholischen Kirchenvermögen. (§. 5 der V.O. v. 20. Nov. 1861.) Als solches wird es, wie dies klägerischerseits gleichfalls anerkannt ist, durch eine Stiftungskommission verwaltet, die ihren Sitz in Hoppetenzell hat. (§. 4 a. a. O.)

Hieraus folgt, daß die beklagte Meßnerpfründe in Streitigkeiten, deren Gegenstand den Werth von 200 fl. übersteigt, ihren allgemeinen Gerichtsstand nicht hier, sondern bei dem großh. Kreis- und Hofgerichte Constanz hat, da der in den Bezirk des letzteren Gerichtshofs gehörige Ort Hoppetenzell der regelmäßige Versammlungsort der Stiftungskommission, d. h. der Vertreter der Pfründe, ist. (§. 20, §. 10 Ziff. 3 der Pr.O.)

Klägerischerseits wird, dieser Ausführung entgegen, unter Bezug auf §. 11 Abs. 3 der V.O. v. 20. Nov. 1861

behauptet, es komme bei Anwendung des §. 20 der P.O. nicht der Versammlungsort der Stiftungskommission, sondern der Sitz des Oberstiftungsrathes in Betracht.

Allein mit Unrecht. Die Prozeßordnung bestimmt in §. 20 den allgemeinen Gerichtsstand juristischer Personen nach dem gemeinrechtlichen Satze, daß diese Personen ihren Gerichtsstand da haben, wo der Mittelpunkt ihrer Geschäftsführung liegt.

(Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses S. 70.)

Wenn nun der erwähnte Abs. 3 des §. 11 auf Grund des dem Oberstiftungsrathe bezüglich des örtlichen katholischen Kirchenvermögens übertragenen Oberaufsichtsrechtes verfügt, daß diese Behörde „die Rechtsvertretung besorge," so wird hiedurch, — mag man hinsichtlich der dem Oberstiftungsrathe zustehenden Befugnisse der einen oder der andern der in Annalen XXXI. S. 116 und 257 vertheidigten Ansichten folgen, — an der für die Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes allein maaßgebenden Thatsache Nichts geändert, daß die, eine weltliche Ortskirchenberechtigung bildende, unmittelbare Verwaltung der Meßnerpfründe, welche Verwaltung den Mittelpunkt und Kern der Geschäftsführung bildet, der Stiftungskommission, und nicht dem Oberstiftungsrathe zusteht.

(Vergl. Magazin für badische Rechtspflege und Verwaltung IV. S. 132 §. 13.)

Durch die in dem mehrerwähnten §. 11 ausgesprochene Verweisung der Rechtsvertretung an die Aufsichtsbehörde ist Nichts Neues bestimmt worden. Wie jetzt der katholische Oberstiftungsrath die Rechtsvertzetung besorgen soll, so übertrugen die V.O. vom 23 Juli 1810 (Reggsbl. No. 32), 17. Okt. 1811 (Reggsbl. No. 29), die Instruktivverordnung vom 21 Nov 1820 (Reggsbl. von 1827 Nr. 1), die V.O. vom 11. Mai 1833 (Reggsbl. Nr. 18) und vom 5. Januar 1843 (Reggsbl. Nr. 2), die Rechtsvertretung den verschiedenen Aufsichtsbehörden (den Kreisdirektorien, Ministerialdepartements, der katholischen Kirchensection, den Kreisregierungen, dem Oberkirchenrathe), und es bestand unter der Herrschaft dieser früheren Bestimmungen darüber wohl kein Zweifel, daß sich der allgemeine Gerichtsstand des mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten örtlichen Kirchenvermögens nach dem Sitze der verwaltenden Lokalbehörde bestimme.

Dr. Gebhard.

145.

Die Entscheidung über die Legitimation zur gerichtlichen Vertretung einer Prozeßpartei erwächst in Rechtskraft.

L.R.S. 1351.

In Sachen

des Paul Fröhlich, für sich und Namens des Fabrikgeschäfts Fröhlich und Baur in Offenburg, Kläger, Appellanten, Oberappellaten

gegen

den Spediteur Franz Baur von da, Beklagten, Appellaten, Oberappellanten,

Vertragserfüllung und Anerkennung einer Zahlung betreffend,

hatte der Beklagte, Oberappellant, zunächst die Berechtigung des Klägers zur Klagerhebung aus dem Grunde bestritten, weil derselbe Namens der Gesellschaft Baur und Fröhlich und zwar mit Widerspruch des anderen Gesellschaftstheilhabers Theodor Baur die Klage angestellt und den Rechtsstreit durchgeführt habe. Allein dem großh. Oberhofgericht stellte sich diese Beschwerde als verwerflich dar, weil, wie die Entscheidungsgründe zum Urtheil vom 17. Sept. 1868 besagen, die Einrede der mangelnden Legitimation des Klägers schon im ersten Rechtszuge vorgeschützt, darüber verhandelt und dieselbe vom Civilsenat im Endurtheile zum Nachtheil des Beklagten entschieden worden ist, wodurch, da der Beklagte dabei sich beruhigt, indem er gegen das Urtheil weder eine selbstständige Appellation ergriffen noch der Appellation des Klägers sich angeschlossen hat, diese Entscheidung des Legitimationspunktes unter den Parteien rechtskräftig geworden ist und daher nicht wieder mittelst der Oberappellation von Seite des Beklagten in Frage gestellt werden kann. Des Klägers Gesellschafter, Theodor Baur, hat zwar in der heutigen Verhandlung durch den oberappellatischen Anwalt, unter Vorlage einer besonderen Vollmacht, den im ersten und zweiten Rechtszuge erhobenen Widerspruch gegen den Beginn und die Fortsetzung des Rechtsstreits durch den Kläger allein wiederholen lassen. Dieser Erklärung kann aber nicht die Folge beigelegt werden, daß nunmehr der diesseitige Gerichtshof die Frage der Legitimation des Klägers seiner Prüfung zu unterwerfen habe, weil derselben die allgemeinen Grundsätze über die Rechtskraft entgegenstehen, welche

im Allgemeinen auch auf ein über den Legitimationspunkt ergangenes Erkenntniß anwendbar sind. Red.

146.

Replik auf die Entgegnung in Annalen Band 33 S. 299 ff. über die Beihilfe zum Verbrechen.

Ebenfalls nur um zur richtigen und zweckmäßigen Behandlung vorkommender Fälle beizutragen, sollen die folgenden Bemerkungen gemacht werden.

Zweckmäßig ist es sicherlich, daß sämmtliche Theilnehmer an einem Verbrechen vom nämlichen Gerichte gleichzeitig abgeurtheilt werden, §. 209 der Str.P.O.

Um die gleichzeitige Aburtheilung handelt es sich aber hauptsächlich, wenn die Frage besprochen wird, ob Beihilfe nach Vollendung des Verbrechens möglich sei.

Von diesem Standpunkt aus ist es also gleichgiltig, ob die fragliche Handlung als Beihilfe oder sogar als wahre Theilnahme betrachtet wird.

Gewiß aber wird man für einen Zeitpunkt, in welchem sogar wahre Theilnahme, also das Größere, vorkommen kann, die Möglichkeit des Kleineren, der Beihilfe, mit Grund nicht bestreiten können.

Uebrigens werden unsere in Annalen Bd. 33 S. 225 angeführten Beispiele nicht wohl unter die in der Redaktionsnote aufgestellte Kategorie fallen. Denn in den Beispielen ist der zur Vollendung gehörige Erfolg bereits vorhanden gewesen, als die Handlung des Zweiten stattfand, diese beförderte nicht den Eintritt des Erfolgs, sondern sie vergrößerte nur den schon vorhandenen Erfolg in seiner Ausdehnung. Deßhalb eben scheinen solche Fälle am besten unter den Schlußsatz der Ziffer 2 des §. 134 des Str.G.B. zu passen.

Was sodann die einzelnen Beispiele betrifft, so verweisen wir hinsichtlich der Brandstiftung auf Ziff. 1 des §. 552 des Str.G.B. Hier wird doch das Unbrauchbarmachen der Löschgeräthschaften als zur Brandstiftung selbst gehörig erklärt, und nicht als blose Sachbeschädigung.

Unser Fall muß anders aufgefaßt werden, als wenn, ohne daß ein Brand befördert werden soll, die Feuerspritzen im Spritzenhaus beschädigt werden, nur um ihrem Eigenthümer Reparaturkosten zu machen.

Betreffend die Körperverletzung, möchten wir nur zu bedenken geben, daß nach dem vom geehrten Gegner Vorgetragenen die Untersuchung und Anschuldigung sich immer auf Versuch der Körperverletzung beschränken müßte, so lange die Krankheit noch nicht geheilt ist.

Adolf Baumstark.

147.

Welche rechtliche Natur hat ein Vertrag mit einer Maschinenfabrik über Fertigung und Lieferung eines Dampfkessels?

In Sachen

der fürstlichen Standesherrschaft Fürstenberg, Klägerin, Widerbeklagte, Appellatin, Oberappellatin

gegen

die Fabrik von Ferd. Flinsch in Freiburg, Beklagte, Widerklägerin, Appellantin, Oberappellantin,

Forderung betreffend,

hatte der Beklagte den Klaganspruch auf Zahlung von 1143 fl. 51 kr. für die im Jahr 1865 bewirkte Herstellung eines Dampfkessels nicht beanstandet, dagegen aber die Einrede der Wettschlagung von 1400 fl. vorgeschützt, welche Beklagter für einen im Jahr 1864 von der kläger'schen Maschinenfabrik Immendingen erhaltenen Dampfkessel alsbald bezahlt hatte, die er jedoch nicht schulde, weil dieser Kessel in Folge schlechten Materials und fehlerhafter Construktion am 10. November 1865 explodirt sei und mehrfachen Schaden verursacht habe, welch' Letzteren der Beklagte vorbehaltlich näherer Feststellung — nebst dem Reste der 1400 fl. — nach Abzug der klagend verfolgten 1143 fl. 51 kr. — im Betrage von 256 fl. 9 kr. — im Wege der Widerklage vergütet verlangte.

Zur Begründung dieses zweifachen Anspruches hatte Beklagter im Verlaufe der Verhandlungen in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung geltend gemacht:

1) das Rechtsgeschäft, auf welchem die im Jahr 1864 erfolgte Lieferung eines Dampfkessels beruhe, sei nicht ein Kaufvertrag, sondern ein Werkverding im Sinne des L.R.S. 1787; es sei daher auch
2) deßhalb und da es sich hier nicht um eine bewegliche, sondern um eine mit dem Fabrikgebäude des Beklagten verbundene, daher für unbeweglich zu erachtende Sache handle, somit nach Ansicht des Art. 275 des H.R. kein Handelsgeschäft in Frage liege, — die Gewährpflicht der Klägerin nicht nach

den Grundsätzen vom Kaufe und den Bestimmungen des H.R., sondern nach L.R.S. 1792, sonach auf 10 Jahre zu bemessen, welche zudem

3) gemäß L.R.S. 1792a 2270 und da der Dampfkessel zum Gebrauche bestimmt und nur durch diesen zu erproben möglich gewesen, sowie auch gemäß bestehender Uebung erst mit dem 5. Dezember 1864, als dem Tage des erstmaligen Gebrauches des Dampfkessels zu laufen begonnen hätten.

Dies Vorbringen des Beklagten erschien jedoch, wie den Gerichten I. u. II. Instanz, so auch dem großh. Oberhofgericht als hinfällig, welches in den Gründen zum Urtheil vom 9. Januar 1868 ausführte:

„Gegenstand des Vertrags vom Jahr 1864 war die Herstellung und Lieferung eines Dampfkessels für einen bestimmten Preis und nach vertragsmäßig festgestellter Beschaffenheit, wozu die klägerische Maschinenfabrik nicht nur die Arbeit, sondern auch den Werkstoff zu liefern hatte, es ist daher kein reiner Bestandvertrag im Sinne des L.R.S. 1711 Ziff. 5, sondern der Verkauf einer festbestimmten Sache unter der Bedingung, daß diese erst zu schaffende Sache die übereingekommene Beschaffenheit haben werde.

Schon auf Grund dieses Sachverhalts könnte die Gewährleistungspflicht nicht nach den beim Werkverdinge geltenden Grundsätzen, sondern nur nach den L.R S.S. 1641 ff. beurtheilt werden; der angerufene L.R.S. 1792 fände aber auch, selbst wenn ein Werkverding vorläge, deßhalb keine Anwendung, weil die bezeichnete Gesetzesstelle nach Wortlaut und Sinn nur auf größere Bauwesen Anwendung erleidet, wie hier keines in Frage liegt.

Es sind übrigens die Grundsätze des bürgerlichen Rechts hier überhaupt nicht maaßgebend, da die Vorderinstanzrichter mit Recht angenommen haben, daß ein Handelsgeschäft in Frage liege, die Vorschriften des Handelsrechts sonach die hier entscheidenden Gesetzesbestimmungen seien.

Dieser Annahme steht nun vorerst H.R.A. 275 schon nach dessen Wortlaut nicht entgegen; denn der Vertrag, um dessen Auslegung und rechtliche Folgen es sich handelt, hatte keine unbewegliche Sache, sondern eine ganz bewegliche Sache im Sinne des L.R.S. 528 zum Gegenstande, — die dies auch in jeder Beziehung bis zu ihrer Verbindung mit dem Fabrikgebäude des Beklagten schon naturgemäß verblieb, da sie erst durch diese ständige Verbindung und Widmung überhaupt unter die gesetzliche Fiktion einer unbeweglichen Sache nach L.R.S. 524. 525 fallen konnte, — aber auch dies nicht unbedingt dem Verkäufer gegenüber, dem die durch den Vertrag über die „bewegliche" Sache einmal begründeten Rechte auch nach Eintritt jener Fiktion fortan bewahrt blieben.

Es ist aber auch zweifellos, daß hier — und zwar bezüglich des klagenden Theils nach Ansicht des H.R.A. 272 Ziff 1., bezüglich des Beklagten nach Art. 273 Abs. 2 ein Handelsgeschäft vorliegt, daß also gemäß H.R.A. 1 die Bestimmungen des a. d. Handelsgesetzbuches zunächst vor Handelsgebräuchen und den Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechts — auf vorliegenden Fall zur Anwendung zu bringen sind.

Es ist denn auch der H.R.A. 349 die hier durchschlagend maaßgebende Gesetzesbestimmung.

Darnach erlischt die Gewährleistungspflicht des Verkäufers für Mängel des Kaufgegenstandes mit dem Ablauf von 6 Monaten nach der Ablieferung dieses Gegenstandes, insofern nicht etwa die Haftbarkeit desselben auf eine kürzere oder längere Frist vertragsmäßig festgesetzt worden sein sollte, — ein Fall, der hier wirklich insoweit eintritt, als der Beklagte selbst eine einjährige Garantie festsetzte, die Verkäufer zu übernehmen hatte. Dies ist aber die einzige Bestimmung des Vertrages über diesen Punkt; es ist namentlich nicht gesagt, von welchem Zeitpunkte an diese Garantiezeit zu laufen beginne, daher H.R.A. 349, wie in allen Punkten die nicht vertragsmäßig anders bestimmt sind, auch in dieser Beziehung als maaßgebendes Gesetz zur Anwendung kommen muß, und zwar gemäß Art. 1. selbst gegen die jetzt vom Beklagten geltend gemachte „Uebung," deren im Vertrage mindestens allgemeine Erwähnung hätte geschehen müssen, wenn sie in dem nicht ausdrücklich vertragsmäßig abgeänderten — Anfangstermine der Garantie der Bestimmung des Art. 349 derogiren sollte, — und dies zwar um so gewisser, als die vom Beklagten behauptete Uebung des Beginnes der Garantiepflicht vom Tage des „Gebrauchs" der Maschine an — eine für den Verkäufer so nachtheilige sein könnte, daß sie unmöglich als stillschweigendes Vertrags-Geding gelten kann. — Durch eine solche Uebung wären nicht nur die Dauer der Haftbarkeit des Verkäufers, sondern auch seine eigenen Ansprüche aus dem Vertrage, insofern sie von seiner vollständigen Vertragserfüllung abhängen, le-

diglich in die Willkür des Käufers gestellt, — was der Natur der Sache, wie gesetzlichen Bestimmungen widerstreitet. — L.R.S. 1174. 1170.

Bleibt es hiernach bei der Bestimmung des H.R.-Art. 349, so zerfallen sofort die Wettichlagungsansprüche des Beklagten, ohne daß es noch des weiteren Eingehens auf die von beiden Theilen vorgebrachten Gründe des Zerspringens des Dampfkessels ankommt; denn es ist vom Beklagten zugegebene Thatsache, daß der bereits im September 1864 gelieferte Dampfkessel am 12 Oktober 1864 zum Gebrauche fertig gestellt, „montirt" war, während die Explodirung desselben erst am 10. November 1865 stattfand, somit nach Umfluß der im Vertrage bestimmten einjährigen Garantiezeit, die jedenfalls mit der Aufstellung des Dampfkessels, d. h. mit dem 12. Oktober 1864 begonnen hatte. — Durch die Fertigstellung zum Gebrauche hatte nämlich Klägerin ihre Vertragsobliegenheit erfüllt, und den Beklagten damit in die Möglichkeit gesetzt, die Prüfung alsbald vorzunehmen, und so das volle Jahr der Garantie zu gewinnen. — Hat er dies versäumt, oder ist die Prüfung durch andere, dem Kläger nicht zur Last fallende Ereignisse verhindert worden, so sind dies Umstände, die den Verkäufer nicht berühren.

Mit Recht wurden hiernach die wettschlagend und widerklagend geltend gemachten Ansprüche des Beklagten unberücksichtigt gelassen, und derselbe nach dem Klagbegehren verurtheilt. Red.

148.

I. Mit dem Distributionsbescheid hört die Competenz des Gantgerichts auf.

II. Nach dem Staatsvertrag mit Württemberg vom 30. Dezember 1825 wird die Litispendenz nur durch Zustellung der Ladung begründet.

III. Ein in Württemberg in Gant gerathener Schuldner kann sich in Baden nicht auf das beneficium competentiae berufen.

VI. Stellung der Frau nach württembergischem Rechte, bezüglich der Eingehung von Schulden, besonders von Intercessionen.

Württembergisches Gesetz vom 15. April 1825, Ergänzung einiger Bestimmungen des Pfandgesetzes betreffend.

Württembergisches Gesetz vom 21. Mai 1828, die vollständige Entwicklung des neuen Pfandsystems betreffend.

V. Strenge Vorschriften für Intercessionen und Sammtverbindlichkeitsübernahmen der Frauen.

Die Kaufleute Adolf Gänßlen und Adolf Siegle betrieben 1863 und 1864 in Cannstatt ein Geschäft, geriethen aber in letzterem Jahre in Gant, wobei das Haus Langbein und Comp. mit einem Theile seiner Contocorrentforderung in Verlust gerieth. Da die beiden Schuldner und ihre Ehefrauen am 14. November 1863 durch einen Schuld- und Bürgschein für einen laufenden Kredit von 3500 fl. sich unterschriftlich dem Hause L. und Comp. verpflichtet hatten, klagten L. u. Comp. im Jahr 1867 gegen die inzwischen nach Mannheim übergesiedelten Eheleute Gänßlen den in Verlust gerathenen Betrag von 2000 fl. 26 kr., gegen die Ehefrau eventuell nur ¹/₄ der Summe, ein. Dieser Fall bot eine Reihe von Fragen des internationalen Privatrechtes und theilen wir daher die Entscheidungsgründe zu dem Urtheil vom 12. Oktober 1867 mit:

Während von Seite der Beklagten alle thatsächlichen Anführungen der Klage zugestanden werden, bestreiten diese zunächst die Zuständigkeit der badischen Gerichte für Aburtheilung dieses Rechtsstreites sowohl bezüglich des beklagten Ehemanns wegen Zusammenhangs mit dem früheren Gantverfahren, als bezüglich der Ehefrau unter der Behauptung der Litispendenz; allein diese Einwände sind nicht begründet.

Allerdings ist Adolph Gänßlen als Theilhaber des Geschäftes A. Siegle u. Comp. 1864 beim Oberamtsgerichte Cannstatt in Gant gerathen, indessen ist diese Gant längst durch Distributionsbescheid erledigt, und mit diesem hört die Gant und die Competenz des Gantgerichts auf,

Weiske, Rechtslexikon II. 860,

von einer Fortdauer speciell wegen Geltendmachung des beneficium competenciae, wo dieses besteht, kann die Rede nicht sein. Was sodann die Behauptung betrifft, daß, weil Kläger in jener Gant ihre Forderung auch gegen die Ehefrauen der beiden Gantleute geltend machten und auf Grund der Unterschriften derselben auf dem Schuldscheine vom 14. November 1863 von jeder dersel-

ben ein Viertheil der unbezahlt bleibenden Forderung mit fürsorglichem Antrag auf Ausdehnung der Gant gegen die Frauen verlangten, auch diese sich darauf vernehmen ließen, die Sache als in Cannstatt rechtshängig erscheine, so ist solche unhaltbar; die Gant wurde nicht auf die Frauen ausgedehnt, es wurde ihre Verpflichtung zwar in den Entscheidungsgründen zum Locationsurtheil erörtert, ohne daß jedoch eine Verurtheilung gegen sie ergangen wäre, die auch nicht möglich war, weil in der Gant, in welche sie nicht als Cridare beigezogen wurden, keine Ladung in gesetzlichem Sinne gegen sie erfolgen konnte. Nach dem Staatsvertrage mit Württemberg vom 30. Dezember 1825 §. 21 wird aber die Litispendenz nur durch Insinuation der Ladung begründet.

Als materielle Einrede berief sich der beklagte Ehemann auf das nach württembergischem Rechte ihm als unschuldig in Vermögenszerfall gerathenen Gantmanne zustehende beneficium competenciae, in Folge dessen die in der Gant in Verlust gerathenen Gläubiger nicht jeden unbedeutenden Erwerb des Schuldners in Anspruch nehmen dürfen, ihm vielmehr das zum nothwendigen Unterhalte seiner selbst und der Familie Erforderliche belassen müssen, indem er gleichzeitig behauptete, daß er seit der Gant noch keinerlei Vermögen erworben habe und sein Verdienst nur nothdürftig zum eigenen Unterhalte und demjenigen der Familie hinreiche. Allein diese Rechtswohlthat der Competenz, welche aus dem gemeinen Rechte in das badische Recht herübergekommen war, ist durch Aufhebung des Absatzes 2 des §. 938 der Pr.O. von 1831 aus dem badischen Rechte beseitigt worden, indem der Gesetzgeber davon ausging, daß die Vermögensumstände des Schuldners allein, ohne besondere Vorsorge des Gesetzes, die Gläubiger davon abhalten werden, einen am Ende erfolglosen Rechtsstreit durchzuführen; nach §. 831 der Pr.O. (§. 903 von 1851) können die Gläubiger, die sich bei der früheren Gant nicht meldeten oder bei derselben keine oder nur unvollständige Befriedigung erhielten, den Schuldner auf's Neue belangen, wenn er nach der Zeit, da die Gantmasse für vertheilt gilt, wieder zu Vermögen gelangt; die Erörterung aber, ob Letzteres der Fall, bleibt dem Vollstreckungsverfahren vorbehalten.

Annalen XXI. 203 (Commissionsbericht des Abgeordneten Meyer), 257. 416.
XXII. 120. 184.
Annalen XXIII. 284.
XXVII. 198.
XXIX. 111.

Mit Unrecht behauptet der Beklagte, daß diese Frage nach württembergischem Rechte zu beurtheilen sei. Durch den Ausbruch der Gant über ein Individuum wird für dasselbe nicht etwa ein besonderer Status, eine der Person dauernd inhärirende Eigenschaft als Gantmann geschaffen, welche dieselbe überallhin begleitet; nur die Status Gesetze begleiten aber ihrem Zwecke und ihrer Absicht nach den Unterthanen überallhin, wo er sich befinden mag.

Wächter, württembergisches Privatrecht II. S. 93.

Vielmehr stellt das beneficium competenciae nur eine rechtliche Wirkung der cessio bonorum und des Gantverfahrens dar, welche Wirkung deßhalb nur in solchen Ländern eintreten kann, deren Gesetzgebung dieses beneficium kennt.

Wächter II. 94: „Die rechtlichen Wirkungen jener Eigenschaften sind von unsern Gerichten bei Ausländern, sofern es sich nicht blos von der Handlungs- und Verpflichtungsfähigkeit eines im Auslande handelnden Ausländers handelt, nach unseren Gesetzen zu bestimmen; — es liegt in der Natur des einheimischen Gesetzes, daß nur dieses hier für den Richter Richtschnur sein kann, da gerade die gesetzlichen Bestimmungen über jene Wirkungen aus Rücksichten des öffentlichen Wohls, der Sicherheit des Verkehrs, der Sitte, Religion und aus der Ueberzeugung von der nothwendigen juristischen Natur des Verhältnisses fließen."

Vrgl. Wächter II. 116 ff.

Wollte man für einen nach erledigter Gant in Baden Domicil nehmenden Ausländer das in dessen Heimath geltende beneficium competenciae zulassen, so würde sich die Anomalie ergeben, daß der inländische Gläubiger gegen den ausländischen Cridar ungünstiger als gegen den inländischen Cridar gestellt wäre, was sicherlich gegen die Rücksichten des öffentlichen Wohles verstoßen würde. Da hienach der beklagte Ehemann auf das genannte beneficium sich in Baden nicht berufen kann, war gegen ihn unbedingt nach dem Klagbegehren zu entscheiden.

Anlangend die beklagte Ehefrau ist unbestritten, daß dieselbe sich bei Ausstellung des Schuldscheins vom 14. November 1863 betheiligte, in welchem Gänßlen, Siegle und ihre Ehefrauen beurkundeten, daß ihnen zu ihrem in gemeinschaftlichem ehelichem Nutzen errichteten Geschäfte

ein laufender Credit von 3500 fl. durch L. u. Comp. eröffnet wurde und dieselben sich verpflichten, den aus diesem Verhältnisse sich ergebenden Contocorrentsaldo, wie sich solcher nach jeweiliger Aufstellung der Darlehensgläubiger berechne, nach vierteljähriger Kündigung, Hauptsumme, Zinsen und Provision zu bezahlen. Ebenso ist unbestritten, daß bei der Gant Kläger statt der liquidirten 3550 fl. 23 kr. nur 1549 fl. 57 kr. erhielten. Während nun die Kläger in erster Reihe auf Grund des Schuldscheins und des Characters einer Handelsschuld die sammtverbindliche Haftung der beklagten Ehefrau, eventuell für die ihren Ehemann treffende Hälfte und nur ganz fürsorglich die Haftung für ein Viertheil (pro rata) behaupten, wurde von der Beklagten unter Berufung auf das württembergische Recht jede Haftung aus dem Schuldscheine mit der Behauptung bestritten, daß die Erklärung der beklagten Ehefrau eine Intercession enthalte, die bei Strafe der Nichtigkeit für Intercessionen einer Frau vorgeschriebenen Formen aber außer Acht gelassen worden seien.

Die Frage, mit welcher Rechtswirkung die Beklagte in ihrer Heimath durch jenen Schuldschein Verpflichtungen übernehmen konnte, ist nach den Gesetzen jener Heimath zu entscheiden, als eigentliche Statusfrage.

Wächter II. 93.

Sofern aber in dem Schuldschein wirklich eine Intercession der Frau zu erblicken wäre, würde dieselbe nach württembergischem Rechte nichtig und wirkungslos sein, denn nach Art. 5 des Gesetzes vom 21. Mai 1828, die vollständige Entwicklung des neuen Pfandsystems betreffend, durch dessen Art. 2 die Geschlechtsvormundschaft aufgehoben wurde, ist die Intercession oder Bürgschaft einer auch volljährigen Frauensperson, sei sie unverheirathet, Ehefrau oder Wittwe, formell nur dann gültig, wenn sie vor einer mit der streitigen oder willkürlichen Gerichtsbarkeit versehenen Stelle oder vor einer wenigstens aus drei Mitglieder derselben bestehenden Deputation übernommen wird; nach Art. 6. ist jede nicht in dieser Weise geschehene Intercession einer Frauensperson nichtig und die für Handelsfrauen in Art. 6 Abs. 2 statuirte Ausnahme trifft nicht zu, weil die Ehefrau G. nach den Gantacten keine Handelsfrau war. Da aber die Formen des Art. 5 nicht eingehalten wurden, so wäre die Erklärung der Frau als Intercession nichtig. Allein die Urkunde vom 14. November 1863 stellt sich nicht als Intercession, sondern als eine wirkliche Schuldübernahme dar, welche das württembergische Recht den Frauen gestattet. Die Verbürgung, bei welcher der Bürge oft leichtsinnigerweise in die Verpflichtung tritt, da er kein unmittelbares Opfer zu bringen hat, ist durch jenen Art. 5 an besondere Formen geknüpft worden; Personen gutmüthiger, leicht beweglicher Art unterliegen der Verleitung zu solchen Geschäften, deren gefährliche Folgen einer ungewissen Zukunft angehören, besonders leicht.

Puchta, Institutionen III. §. 265.

Wächter, würt. Privatrecht I. 467. 972.

Dagegen knüpft das angeführte Gesetz den Eintritt der Frau als Mitschuldnerin an keine besondern Formen; die Frau hat volle Disposition, wo solche mit sofort klar und bestimmt ersichtlichen Folgen für ihr Vermögensgebiet verbunden ist. Nach Art. 13 begründet jede einfache Unterschrift einer in der Errungenschaftsgemeinschaft lebenden Ehefrau in dem auf ihren Ehemann lautenden Schuldscheine die rechtliche Vermuthung, es habe dieselbe als Mitschuldnerin unterzeichnet, und nach Art. 3 des Gesetzes vom 15. April 1825, die Ergänzung einiger Bestimmungen des Pfandgesetzes betr., sind Schulden, welche von den in Errungenschaftsgemeinschaft lebenden Eheleuten gemeinschaftlich eingegangen wurden, auch ohne die Erwähnung der Socialeigenschaft in dem Schuldscheine in Beziehung auf die Rechte des Gläubigers als gemeinschaftliche Schulden zu behandeln. Freilich enthält die letztere Gesetzesstelle den Zusatz:

„sofern nicht die Ehefrau gegen den Gläubiger zu beweisen vermag, daß hiebei ihre dem Letztern bekannte Absicht nur dahin gegangen sei, unter jener Form für ihren Ehemann zu intercediren.“

Allein dieser Vorbehalt, welcher eine wesentliche Milderung gegenüber der Authentica si qua mulier enthält, wodurch der Gläubiger bei Verpflichtung einer Frau als Mitschuldnerin beweisen mußte, quod pecuniae in proprium ipsius mulieris utilitatem expensae sunt,

Novella 134 cap. 8.

Puchta, Pandecten §. 410 nota y,

trifft hier nicht zu; die Absicht war Angesichts der besondern Beurkundung „zu unserm in gemeinschaftlichem ehelichem Nutzen errichteten Geschäfte“ offenbar die Constituirung einer Socialschuld zu Nutz und Frommen des Hausstandes, der Bestreitung des Familienunterhalts, nachdem die Kläger die Kreditgewährung an die Uebernahme der Kreditschuldnerschaft durch die vier Eheleute geknüpft hatten. Schuldübernahmen solcher Art waren

aber schon nach dem württembergischen Landrechte vom 1. Juni 1610 Theil II. Tit. XXIX. §. 1 den Ehefrauen gestattet,

(„daß sie es auß freyem und ganz ohngezwungenem Willen und gemeiner Haußhaltung zu gutem thete, solches auch vor Gericht gnugsamlich erscheinte“)

und die Ehefrau G. kann sich ihrer Verpflichtung nicht entziehen, weil sie eine Socialschuld einging.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte IV. No. 46 S. 92.

Mit Unrecht leiten aber die Kläger aus der Thatsache der Mitschuldnerschaft der beklagten Ehefrau deren Sammtverbindlichkeit für das Ganze oder wenigstens für die Hälfte ab, vielmehr haftet dieselbe nur pro rata, d. h. für ein Viertheil. Die Urkunde, soweit sie von Frau G. unterzeichnet ist, enthält die Uebernahme einer Sammtverbindlichkeit nicht, erst im weiteren Verlauf ist von solidarischer Verbindlichkeit, aber nur für A. Siegle u. Comp. die Rede. Die Sammtverbindlichkeit könnte auch, selbst wenn am 14. November 1863 das deutsche Handelsgesetzbuch in Württemberg schon gegolten oder das damalige Recht eine dem Art. 280 des H.G.B. entsprechende Vorschrift gekannt hätte, nicht angenommen werden; denn wenn auch hiernach zwei oder mehrere Personen, welche einem Andern gegenüber in einem Geschäfte, das auf ihrer Seite ein Handelsgeschäft ist, gemeinschaftlich eine Verpflichtung eingegangen, als Solidarschuldner zu betrachten sind, so haben die Frauen G. u. S. mit Uebernahme der Mitschuld kein Handelsgeschäft vorgenommen, sie sind keine Handelsfrauen (Art. 6 ff. des H.G.B.) und der Eintritt in die Creditschuld enthält für die Frauen auch keine Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung (association en participation Art. 266 ff. des H.G.B.), sondern lediglich eine bürgerlich rechtliche Verpflichtung. Die Haftung für das Ganze oder die Hälfte ist überdies förmlich ausgeschlossen durch Art. 9 des Gesetzes vom 21. Mai 1828, der verfügt, daß, wenn eine Frau mit einem Andern gemeinschaftlich contrahire, um sie für die ganze Schuld verbindlich zu machen, eine ausdrückliche, auf die in Art. 5 bezeichnete Weise abgelegte Erklärung der Frau hierüber erforderlich sei, und daß dies namentlich auf Ehefrauen Anwendung zu finden habe, welche in der Errungenschaftsgesellschaft leben und in Gemeinschaft mit ihren Ehemännern für eine gesellschaftliche Schuld sich verschreiben. Offenbar ging der Gesetzgeber von denselben Erwägungen, wie für die Intercessionen, von der leichten Verleitung gutmüthiger Personen aus. Die Formen des Art. 5 sind aber hier nicht gewahrt, und deßhalb haftet die Beklagte nur für ihr Rate, also ein Viertheil. Heinsheimer.

149.

Das großherzogliche Oberhofgericht

hat am 3. Oktober 1868, die Einsendung der Akten bei Beschwerdeführungen gegen die Beschlüsse der Raths- und Anklagekammer betr., folgenden Plenarbeschluß an sämmtliche großherz. Kreis- und Hofgerichte erlassen:

„Durch §. 206 der Str.P.O. ist vorgeschrieben, daß die Raths- und Anklagekammer, welche die Einstellung des Verfahrens beschließt, den Grund hiefür anzugeben habe.

Man hat nun die Erfahrung gemacht, daß einzelne Raths- und Anklagekammern sich darauf beschränken, zu Befolgung dieser Vorschrift ohne nähere Begründung einfach auf eine der vorausgehenden Nummern jenes Paragraphen zu verweisen.

Dies kann jedoch in dem Falle nicht als genügend erachtet werden, wenn von großh. Staatsanwaltschaft gegen einen solchen Ausspruch Beschwerde hierher erhoben wird, da dem obersten Gerichtshofe zur gründlichen Beurtheilung derselben eine genauere Kenntniß der jenem Ausspruche zu Grunde liegenden Motive gegeben sein muß.

Die Raths- und Anklagekammern, welche seither das oben bezeichnete Verfahren eingehalten haben, werden daher veranlaßt, in den über erhobene Beschwerden zu erstattenden Vorlageberichten, namentlich in den Fällen sub No. 1 und 3 des §. 206, den thatsächlichen oder rechtlichen Grund, welcher sie zur Einstellung des Verfahrens veranlaßte, jeweils näher zu bezeichnen, insoweit dies nicht bereits in den Motiven zu dem betreffenden Beschlusse geschehen sein sollte.“ Red.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 22.

150.

1) Dem Eigenthümer eines Grundstücks steht eine Klage gegen jeden Dritten zu, welcher auf dasselbe beschädigend einwirkt, so insbesondere dem unteren Uferanstößer, dessen Grundstück durch die Art der Wasserbenützung (L.R.S. 645) von Seiten des Besitzers eines oberen Ufergeländes benachtheiligt wird.

Vrgl. Jahrb. für bad. Recht S. 72.
Magazin V. S. 379. 384.
Annalen XXVII. S. 145.
§. 1a, §. 12. 5 der Mühlenordnung.

2) Die zur Verhütung solcher Beschädigung nicht zu überschreitende Höhe einer Wasserstauung hat das Civilgericht zu bestimmen.

In Sachen
des Roman Wallifer in Bärenthal, Klägers, Appellanten, Oberappellaten
gegen
Joh. Andris, Joh. Steurenthaler und Georg Wursthorn von Hinterzarten, Beklagte, Appellaten, Oberappellanten,

Beseitigung einer Stellfalle und Schadensersatz betr.

Die Beklagten, die mit ihrem Grundbesitz an das nördliche Ufer des Feldsee's und an den aus diesem ausfließenden Wutachbach anstoßen, benützen seit 1864 das Wasser dieses See's und des Wutachbaches in der Art, daß sie den natürlichen Ausfluß dieses Baches aus dem See durch einen Steindamm abgesperrt haben und nur so viel Wasser abfließen lassen, als durch einen unter dem Damm hindurch gehenden Doblen von 9", beziehungsweise 7" Weite abfließen kann, wobei die Beklagten durch einen Stöpsel, der in der Doblenöffnung eingelassen wird, auch diesen Wasserabfluß absperren können.

Der Kläger beschwert sich nun, daß seine Wiese, die er am obern (westlichen) Ufer des See's besitzt, in Folge dieses Stauwerks durch das dadurch zurückgehaltene und gestaute Wasser des See's theilweise überschwemmt werde.

Nachdem er durch Urtheil des großh. Amtsgerichts Neustadt vom 7. Januar 1867 mit der unterm 14. August v. J. erhobenen Klage unter Verfällung in die Kosten abgewiesen worden war, erwirkte er ein Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg, Appellationssenat, vom 22. Dezember 1867, des Inhalts:

„Das amtsgerichtliche Urtheil sei unter Verfällung der Beklagten in die Kosten beider Rechtszüge dahin abzuändern:

die Beklagten seien schuldig, das von ihnen im Jahr 1864 in der Nähe des Ausflusses der Wutach aus dem Feldsee errichtete Wasserwerk binnen 3 Monaten in der Art hinwegzuräumen, und den früheren Zustand in einer von der zuständigen großh. Staatsbehörde zu regelnden und mittelst Eichpfahls zu fixirenden Weise so wieder herzustellen, daß durch die Stauung des Wassers die oberhalb des Feldsee's an dessen westlicher Seite gelegene Wiese des Klägers und der dahin führende Weg nicht beschädigt werden.

Auch seien die Beklagten verbunden, den durch die Errichtung des Wasserwerks im Jahr 1864 bisher dem Kläger verursachten Schaden, vorbehaltlich dessen gesonderter Liquidation zu ersetzen."

Dieses Urtheil wurde auf die von den Beklagten ergriffene Oberappellation nach gepflogenen Verhandlungen von großh. Oberhofgerichte am 15. September 1868 unter Verfällung der Beklagten, Oberappellanten, auch in die Kosten des dritten Rechtszugs, mit der Modification bestätigt, daß die Beklagten schuldig seien, das von ihnen im Jahr 1864 am Ausfluß der Wutach aus dem Feldsee errichtete Wasserwerk binnen 3 Monaten hinwegzuräumen und nur befugt, ein neues, mit einer Stellfalle zu versehendes, Stauwerk in der Weise anzulegen, daß das Wasser des Feldsee's nur bis zu einer Höhe gestaut werden kann, wobei die am westlichen Ufer des See's gelegene Wiese des Klägers durch Ueber-

schwemmung nicht beschädigt wird; diese Höhenlinie sei durch Probestauungen, die unter Leitung eines aufzustellenden Sachverständigen vorzunehmen sind, auf Kosten der Beklagten näher festzustellen und sohin durch einen, nach den Vorschriften der Mühlenordnung zu setzenden Eichpfahl oder eine stellvertretende feste Marke, zu bezeichnen.

Auch seien die Beklagten verbunden, den durch die Errichtung des Stauwerks im Jahr 1864 bis jetzt dem Kläger verursachten Schaden, vorbehaltlich dessen gesonderter Liquidation, zu ersetzen.

G r ü n d e:

Kläger ist schon als Eigenthümer der Wiese berechtigt, zu verlangen, daß von Andern keine schädliche Einwirkungen auf dieselbe herbeigeführt werden.

Es gilt dies insbesondere auch von demjenigen, welcher auf Grund des L.R.S. 645 ein Mitbenutzungsrecht an dem Wasser des Sees, beziehungsweise an dem aus dem See ausfließenden Wutachbache ausübt, indem eine solche Wasserbenützung von Seiten des unten gelegenen Uferanstößers nicht unter Benachtheiligung eines oben liegenden Grundbesitzers, als welcher hier der Kläger erscheint, geschehen darf, wie dieses auch noch ausdrücklich in der Mühlenordnung vom 18. März 1822 §. 1 lit. a und §. 12 Ziff. 5 und ff. ausgesprochen ist. Jenem Klagbegehren hätten die Beklagten nur durch die Behauptung entgegentreten können, daß sie eine Grundgerechtigkeit und damit eine Befugniß zu jener Belästigung der kläger'schen Wiese gesetzlich erworben haben. Eine solche Erwerbung, etwa durch Ersitzung, ist aber von Seite der Beklagten nicht behauptet, indem nicht näher angegeben wurde, daß durch die gesetzliche Ersitzungsfrist ein Wasserwerk bestanden habe, durch dessen Stauung die kläger'sche Wiese überschwemmt werden mußte und während jener Zeit wirklich überschwemmt worden sei.

Die Beklagten halten sich vielmehr nur daran, daß Kläger selbst im Verlaufe seiner Klage bemerkt habe, daß auch bei der früheren Staueinrichtung bisweilen ein Theil seiner Wiese unter Wasser gesetzt worden sei, jedoch ohne erheblichen Schaden für ihn, wie er diesen durch das anders beschaffene neue Stauwerk erleide. Allein einestheils kann hierin nicht das Anerkenntniß einer den Beklagten durch Ersitzung zu Theil gewordenen Grundgerechtigkeit gefunden werden, anderntheils haben es sich die Beklagten selbst zuzuschreiben, wenn der frühere allerdings thunlichst zu berücksichtigende Zustand nicht mehr genau ermittelt werden kann, indem sie selbst das frühere Stauwerk eigenmächtig beseitigt haben und daher — in soweit jene Ermittlung nicht mehr möglich — hier lediglich von allgemeinen Rechtsgrundsätzen auszugehen ist.

Für die kläger'schen Behauptungen, über den Einfluß des Stauwerkes der Beklagten auf die Ueberschwemmung der kläger'schen Wiese, ist vordersamst so viel bewiesen, daß wenn das Wasser des Feldsees bis zum höchsten Punkt jenes Werks gestaut ist, so daß also das Wasser außer dem unbeträchtlichen Ausfluß durch den unter dem Steindamm befindlichen Dohlen nur durch Ueberfallen über den Steindamm seinen Abfluß nehmen kann, dann die kläger'sche Wiese in beträchtlichem Umfange durch das Wasser des Sees überschwemmt wird 2c.

Das Bestehen eines Stauwerks von der jetzigen Höhe, wornach solch eine Ueberschwemmung der klägerischen Wiese ermöglicht ist, und nach Angabe der Zeugen und Ausspruch der Sachverständigen auch wirklich öfters und auf längere Dauer statt hatte, erscheint daher als eine Gefährdung des Klägers, und muß dasselbe n i e d e r e r g e m a c h t w e r d e n. Es ist nun durch die Augenscheine in Gewißheit gesetzt, daß wenn das Stauwerk um 17″ oder auch nur um 15″ niederer würde, dann j e d e n f a l l s keine Ueberschwemmung der kläger'schen Wiese mehr stattfände. Allein ob es zur Erreichung dieses Erfolges nothwendig sei, bis um 15″ herunterzugehen, dies ist noch nicht festgestellt und wird auch eine geringere Erniedrigung für hinreichend erachtet. Zur genaueren Ermittlung des Maßes derselben erscheinen aber, nach dem Gutachten des Sachverständigen, weitere Probestauungen unter Leitung eines, von den Parteien zu wählenden oder gerichtlich zu ernennenden, Sachverständigen nothwendig, als welcher am zweckmäßigsten der mit den Verhältnissen bereits vertraute Ingenieur Näher bezeichnet werden würde.

Daraufhin mußte daher dieser Punkt im Urtheil ausgesetzt werden.

Es ist nämlich Sache des C i v i l r i c h t e r s, welcher eine B e s c h ä d i g u n g von E i g e n t h u m s r e c h t e n durch Urtheil untersagt, auch die Linie zu bestimmen, welche eine Wasserstauung nicht überschreiten darf, weil sie von da an das kläger'sche Eigenthum durch Ueberfluthung beschädigen würde; es ist also gleicherweise Sa-

che des Civilrichters auszusprechen, in welcher Weise jene Höhenlinie ermittelt werden soll, was auch den Grundsätzen der Mühlenordnung in §. 1. 11 und 25 und dem Art. 14 des Gewerbegesetzes vom 20. September 1862 (Reggsbl. No. 44) entspricht. Es war hiernach von Seite des Appellationssenats zu weit gegangen, wenn er die ganze Sache hinsichtlich der Ermittlung der zulässigen Stauungshöhe an die Verwaltungsbehörde überwiesen hat, weßhalb in diesem Punkte das Urtheil einer Modifikation unterworfen wurde.

Wenn hiebei von beklagter Seite eingewendet wurde, daß Kläger selbst nicht unbedingt jede Stauung, durch welche das Wasser des See's auf seine Wiese austrete, habe untersagt wissen wollen, sondern nur die Wiederherstellung des früheren Zustandes, bei welchem ja auch bisweilen solche Austretungen des Wassers auf die kläger'sche Wiese vorgekommen seien, beantragt habe, so ist diesem Einwand entgegen zu halten, daß dieser frühere Zustand nirgends festgestellt ist und — wie schon bemerkt — in Folge der Eigenmacht der Beklagten nicht mehr genau festgestellt werden kann; sodann zu berücksichtigen, daß Kläger im Verlaufe der Verhandlungen insbesondere gelegentlich des Augenscheins vom 12. November 1866 sein Begehren dahin genauer erläutert hat, daß die frühere Stauvorrichtung um 15" niedriger gewesen sei, und daß er das neue Stauwerk auf dieses Maaß reduzirt wissen wolle, so daß ihm durch gegenwärtiges Urtheil nicht mehr, als er gebeten, zuerkannt wird.

Bezüglich der durch außerordentliche Naturereignisse, wie heftige Gewitterregen, plötzliches Schneeschmelzen und dergl. verursachte Anschwellung des Sees und dadurch herbeigeführte Ueberschwemmung eines Theils seiner Wiese ist von Seiten des Klägers zwar kein ausdrückliches Begehren gestellt, wohl aber nur die Wiederherstellung des früheren mit Stellfalle versehenen Wasserwerks zugestanden worden; da nun auch der Sachverständige Ingenieur Näher, gerade für solche Fälle die Anbringung einer Stellfalle, wie solche früher bestanden, für angemessen und allein als eine rationelle Construktion erklärt, so mußte im allgemeinen hierauf erkannt, das Nähere hierwegen aber dem Ermessen des Sachverständigen überlassen werden, ohne daß hierdurch die Mitwirkung der Verwaltungsbehörde, soweit solche nach dem Gewerbegesetze begründet ist, ausgeschlossen sein soll.

Daß die seiner Zeit ermittelte zulässige Stauhöhe auch durch ein bleibendes Zeichen und zwar am besten in der durch die Mühlenordnung §. 13 Ziff. 3—9 bemerkten Weise kenntlich zu machen sei, bedarf keiner weitern Ausführung.

Bei der Beurtheilung obiger Punkte konnte die von beklagter Seite erst in gegenwärtiger Instanz vorgebrachte Beanstandung, daß die Grenzen zwischen dem kläger'schen Wiesengelände und dem Seeboden nicht kenntlich seien, keine Berücksichtigung finden. Denn wenn auch in dem Grundbuchseintrag vom 5. Juli 1849 die fragliche Wiese nur zu „zwei Vierling" bezeichnet wird, während dieselbe von dem Experten Heizmann von 2 bis 2¼ Morgen geschätzt und in der Klage zu circa 3 Morgen angegeben wurde, so ist bekannt, wie ungenau oft die Maaßangaben besonders in Fällen gemacht werden, wo, wie im vorliegenden, ein ganzes Hofgut verkauft und dabei die einzelnen Bestandtheile nur oberflächlich bezeichnet werden. Was aber die natürliche Beschaffenheit des Geländes betrifft, so ist bei dem Augenschein dem Richter und den Sachverständigen keinerlei Zweifel darüber aufgestiegen, ob das in beiden Fällen trocken gelegene Wiesgelände des Klägers wirklich Wiesgelände und nicht vielmehr Theil des Seebodens sei, und es ergibt sich aus verschiedenen dort niedergelegten Angaben, daß sich das Ufer des Wiesengeländes gegen den See zu ganz wohl erkennen ließ, wie denn auch weder der Kläger noch der Beklagte hierüber einen Anstand erhoben. Es kann daher nicht zweifelhaft sein, von welchen Punkten an ein Uebertreten des Sees die kläger'sche Wiese berühre.

Da die Beklagten, Oberappellanten mit ihrer Oberappellation im Wesentlichen unterliegen, so sind dieselben auch in die Kosten der gegenwärtigen dritten Instanz zu verurtheilen. Auch die Kosten, welche durch die noch vorzunehmenden Stauungsproben, und durch die Herrichtung eines Eichpfahls oder einer andern stellvertretretenden Marke verursacht werden, haben die Beklagten zu tragen, da sie eigenmächtig und ohne die vorgeschriebene Voruntersuchung das neue Stauwerk errichtet haben, von welchem hergestellt ist, daß es in seinem jetzigen Zustande den Kläger beschädige. Red.

151.

Zur Strafrechtspflege.

XVIII.

Beschränkung der Rechtsmittel des Staatsanwaltes nach der badischen Strafprozeßordnung. [1])

1) Nichtigkeitsbeschwerde gegen kreisgerichtliche Urtheile zweiter Instanz nach §. 398?

2) Rekurs zu Gunsten des Angeschuldigten nach §. 386?

1.

In Bezug auf die Zulassung eines weiteren Rechtsmittels, der Nichtigkeitsbeschwerde, gegen kreisgerichtliche Urtheile zweiten Rechtszuges kann die Vorschrift des §. 398 der Str.P.O. in ihrer kurzen Fassung, insofern darin einfach auf die Nichtigkeiten des §. 373 Ziff. 1. 3. 5. 6 hingewiesen, über die Beschränkung des Beschwerderechts aber, namentlich was den Staatsanwalt betrifft, nichts Näheres bestimmt ist, leicht zu Zweifeln und Irrungen Anlaß geben, zumal bei der hie und da noch vorwaltenden Neigung jüngerer Staatsanwälte zu möglichster Ausdehnung des staatsanwaltlichen Beschwerderechts, und wegen der Bestimmung des folgenden §. 399.

Daß die Vorschrift des §. 398 im Hinblick auf die mit §. 373 der Str.P.O. in nothwendiger Verbindung stehende Bestimmung des §. 375 u. 376 der Str.P.O. und in Beachtung des Geistes des Gesetzes, sowie der angenommenen Grundsätze über die Geltendmachung der einzelnen Rechtsmittel von Seiten der Betheiligten dahin auszulegen ist, daß die hier vorbehaltene Nichtigkeitsbeschwerde nur vom Verurtheilten und vom unterlegenen [2]) Privatankläger, von Letzterem nur in beschränktem Maaße (wegen Ziff. 1 und 3 des §. 373), vom Staatsanwalt aber gar nicht geltend gemacht werden kann, ist schon in Stabel's Jahrbüchern für badisches Recht S. 552—554 (vom Unterzeichneten) näher ausgeführt worden. Dort ist auch gezeigt worden, wie der §. 399 der Str P.O., da er nur auf die Förmlichkeiten des Rekurses zu beziehen ist, nicht als Gegengrund wider diese Ansicht (arg. a contrario) dienen kann, auch abgesehen von der bekannten trügerischen Natur das sog. Argumentum a contrario.

In der Anklagesache gegen Leo Lerner von Rheinweiler wegen Körperverletzung hat der oberste Gerichtshof die Vorschrift des §. 398 in gleichem Sinne ausgelegt. Eine kurze Mittheilung hierüber mag dazu dienen, weiteren ähnlichen Irrungen, wie sie in dem bezeichneten Falle vorkamen, vorzubeugen.

Der Staatsanwalt in N. N. erhob gegen das Strafurtheil der Rekurskammer daselbst, welches auf den vom Ersteren selbst ergriffenen Rekurs und im Wesentlichen seinem Begehren entsprechend, unter Anwendung der hier anwendbaren Bestimmung des §. 394 Ziff. 1 der Str.P.O. [3]) ergangen war, mit Bezug auf §. 398 die Nichtigkeitsbeschwerde, und stützte dieselbe auf Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens, weil der Staatsanwalt nicht nach der Str.P.O. §. 41 verglichen mit §. 39 noch vor der Urtheilsfällung besonders gehört worden sei.

Vom Oberhofgericht wurde diese Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwaltes am 29. Sept. 1868 für unzulässig erkannt und zwar aus folgenden

Gründen:

„Diese Beschwerde erscheint, ganz abgesehen von ihrem Werth und Gehalt, schlechthin verwerflich, weil sie gesetzlich nicht zulässig ist, da die Nichtigkeitsbeschwerde wegen bloser Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens nach dem allgemeinen Grundsatz des §. 376 der Str.P.O. aus bekannten gesetzgeberischen Rücksichten dem Staatsanwalt überhaupt nicht eingeräumt worden ist.

Vergl. Commmissionsbericht der II. Kammer von Haager zu §. 375, sowie Ammann, Strafprozeßordnung, §. 375 Note 3.

Wenn auch eine solche Beschränkung des staatsanwaltlichen Beschwerderechts in Str.P.O. §. 398 nicht ausdrücklich hervorgehoben ist, so ergibt sich dieselbe doch aus der Hinweisung des Gesetzes auf den §. 373 der Str.P.O., womit der §. 375, die nähere Begrenzung des Beschwerderechts betreffend, in nothwendiger Verbindung steht, ferner aus der Nichtbeifügung eines bezüg-

[1]) Vergl. Annalen Band 31 S. 199. 201.

[2]) Vergl. Str.P.O. §. 376 und hiezu Annalen Band 33 S. 329.

[3]) Der Rekurs war nur gegen die Art und Größe der Strafe gerichtet und zur Beurtheilung der Beschwerde eine Beweisaufnahme nicht nöthig, es konnte daher ohne öffentlich-mündliche Verhandlung das Urtheil erlassen werden.

lichen Vorbehaltes in §. 398 dem auf allgemeinen Rücksichten beruhenden Grundsatz gegenüber, und namentlich aus der entscheidenden Erwägung, daß die in §. 398 zugelassene Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile des zweiten Rechtszuges nach der nicht zu verkennenden Absicht der Gesetzgebung nur in wesentlich beschränkterem, nicht aber in ausgedehnterem Maaße, als die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile des ersten Rechtszugs (§. 373 ff.) gestattet werden sollte.

Es ist sonach die vorliegende Beschwerde, nach Maaßgabe des auch hier anzuwendenden §. 382 der Str.P.O., als unzulässig zu verwerfen."

2.

In naher Verwandtschaft mit der nach Obigem oberhofgerichtlich entschiedenen Frage steht eine weitere, die Auslegung des §. 386 der Str.P.O., insbesondere den Umfang des staatsanwaltlichen Rekursrechtes gegen Urtheile der Amtsgerichte betreffenden Frage, welche durch die Ausführung in den diesjährigen Annalen (Bd. 34 S. 40—45) neuerdings wieder den Character einer Streitfrage angenommen hat.

Es ist die Frage: Ob der Staatsanwalt auch zu Gunsten des Angeklagten gegen amtsgerichtliche Urtheile den Rekurs ergreifen kann.

Der Verfasser der neuen Abhandlung erklärt sich im Widerstreit mit Ammann zu Str.P.O. §. 386 Anmerk. 2, Merz, in Annalen Bd. 31 S. 74 und unserer Ausführung in den Jahrbüchern für badisches Recht S. 502 — hauptsächlich aus allgemeinen theoretischen Gründen und in Folge seiner eigenen Ansicht über das Wesen der Staatsanwaltschaft und die dem Staatsanwalt als Wächter des Gesetzes gebührenden ausgedehnten Machtbefugnisse [4]) — entschieden für die Bejahung der Frage.

Die von ihm vorgebrachten Gründe vermochten nicht, unsere Ueberzeugung, daß die Frage zu verneinen ist, wankend zu machen, und es scheint auch, soweit wir Gelegenheit hatten, Erfahrungen zu sammeln, die neue Ansicht wenig Eingang gefunden zu haben, was, damit nicht Stillschweigen als Zustimmung gedeutet werde, bei dieser Gelegenheit ausgesprochen werden soll.

Was die Sache selbst betrifft, so scheint es uns weder nöthig noch wünschenswerth, daß weitere ausführliche Erörterungen über die wieder angeregte Frage Statt finden, es mögen daher die folgenden Bemerkungen genügen:

Den wissenschaftlichen Ausführungen des Vertheidigers der Gegenansicht soll gebührende Achtung nicht versagt werden. Sie mögen namentlich bei Denen, welche seinem Standpunkt nahe stehen (bekanntlich sind die Standpunkte und Grundanschauungen bezüglich der Frage der Begränzung der staatsanwaltlichen Befugnisse noch immer sehr verschieden) mehr oder weniger Billigung finden. Was aber auch vom Standpunkte der Wissenschaft für die vertheidigte Ansicht sprechen möchte, vom Standpunkt des bestehenden badischen Rechtes spricht unseres Erachtens gar nichts dafür.

Wir begründen dieses kurz durch nachstehende Sätze:

1) Gegen amtsgerichtliche Urtheile, die ja hier allein in Frage sind und daher natürlich auch hier allein in Betracht kommen können, hatte der Staatsanwalt nach der älteren badischen Strafgesetzgebung unstreitig gar kein Rekursrecht. [5])

Rekursgesetz von 1837 §. 7.

Einführungsgesetz vom 5. Februar 1851 §. 110. 114.

Strafprozeßordnung von 1845 §. 273. [6])

2) Die großh. Staatsregierung wollte nach dem vorgelegten Entwurf der Str.P.O. vom Jahr 1863—1864 dem Staatsanwalt gegen amtsgerichtliche Urtheile ebenfalls gar kein Rekursrecht geben. Nur für den Fall der Ueberschreitung der amtsgerichtlichen Gerichtsbarkeit sollte als nothwendige Ausnahme, im Einklang mit der verwandten Bestimmung des §. 22 des Einführungsgesetzes vom 5. Februar 1851 (vergl. Str.P.O. [7]) von 1845 §. 275) ein Rekurs des Staatsanwaltes Statt finden.

§. 384. 388. 389 des angeführten Entwurfes.

Regierungsmotive zu §. 384—400 desselben.

Auch dieses steht außer allem Zweifel.

3) Die Stellung des Staatsanwaltes als Wächter

[4]) Vergl. Magazin für bad. Rechtspflege Band I. S. 90 ff. Gerichtssaal, Jahrgang 1859 S. 350, besonders S. 363.

[5]) Abgesehen von dem Falle, wo derselbe im Wege des Privatanklageverfahrens auftrat.

[6]) Vergl. auch den Entwurf der revidirten Strafprozeßordnung von 1849.

[7]) Abgesehen auch hier von dem in Note 5 oben bezeichneten Falle und überdies von der Bestimmung des §. 389 des Entwurfes. (Str.P.O. §. 388)

des Gesetzes ist in der Strafprozeßordnung von 1864 keineswegs in solcher Ausdehnung anerkannt und durchgeführt, wie die erwähnte Gegenansicht annimmt [8]).

Vergl. über dessen Stellung im Allgemeinen Str.P.O. §. 39 und hiezu die Regierungsbegründung zum Entwurf, allgemeine Bemerkungen II. und die Anmerkungen 1. 3. 4. 5 von Ammann zu §.39 der Str.P.O. Ferner Prestinari's Commissionsbericht der II. Kammer, allgemeiner Theil §. 5. Jolly's Commissionsbericht der I. Kammer über den Entwurf S. 4—6. [9])

Dies gilt namentlich in Bezug auf das Recht Rechtsmittel zu ergreifen. Die Ergreifung einer Nichtigkeitsbeschwerde blos zur Wahrung des Gesetzes ohne Rückwirkung auf den Betheiligten (Code d'instruction criminelle art. 442) ist ihm gar nicht gestattet, und sein Recht der Nichtigkeitsbeschwerde ist auch sonst, in Bezug auf Geltendmachung von Mängeln im Prozeßgang, sehr wesentlich beschränkt, da ihm wegen der Mängel, Ziff. 1. 2. 3. 5 und 6 des §. 373 der Str.P.O. gar keine Nichtigkeitsbeschwerde zusteht. Str.P.O. §. 375 Ziff. 1.

Wenn ihm nach §. 375 Ziff. 2 in Bezug auf unrichtige Auslegung oder Anwendung des Gesetzes auch ein Beschwerderecht zu Gunsten des Angeschuldigten eingeräumt wurde, so ist hierin eine ausgedehntere Vorsorge zu Gunsten des Angeklagten in schwereren Fällen, wo ihm kein Rekurs, sondern nur das beschränkte Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde freisteht, zu erblicken.

Obschon diese Bestimmung, wie nicht zu bestreiten ist, mit der allgemeinen Vorschrift des §. 4 der Str.P.O. (welche übrigens auf alle im Strafverfahren thätigen Behörden und Beamten gerichtet ist) grundsätzlich in Verbindung steht und darin ihre Begründung findet, [10]) so kann doch ein genügender Grund für die behauptete Ausdehnung des staatsanwaltlichen Rekurses gegen amtsgerichtliche Urtheile daraus weder unmittelbar noch mittelbar entnommen oder abgeleitet werden.

4) Wenn auf den Antrag der Commission der II. Kammer — gegen die ursprüngliche Absicht der Regierung — dem Staatsanwalt das Recht des Rekurses gegen amtsgerichtliche Urtheile gleich dem Angeschuldigten ebenfalls eingeräumt, hiebei aber über die Ausdehnung des Rekursrechtes nichts Weiteres bestimmt wurde, so kann diese Einräumung selbstverständlich nur so aufgefaßt werden, daß dem Staatsanwalt ein gleiches, nicht aber ein weit ausgedehnteres, Rekursrecht, wie dem Angeschuldigten gewährt wurde.

Die Worte des §. 386 der Str.P.O. rechtfertigen die fragliche Ausdehnung des staatsanwaltlichen Rekursrechtes in keiner Weise. Es ist gewiß irrig und kann daher auch nicht zugegeben werden, daß der Wortlaut des §. 386 der Staatsanwaltschaft ein unbeschränktes Rekursrecht zuspricht; er spricht ja der Staatsanwaltschaft nur mit den nämlichen Worten, in einem und demselben Satz gemeinschaftlich, das gleiche Recht zu, wie dem Verurtheilten, welchem doch sicher durch eben jene Worte kein nach allen Richtungen unbeschränktes Rekursrecht zugesprochen ist, wie man nach der gegentheiligen Wortauffassung mit gleichem Zug anzunehmen hätte.

---

[8]) „Der Staatsanwalt nimmt in keinem Stadium der Untersuchung die Stelle einer Partei ein.“ Dieser Ausspruch des II. deutschen Juristentags drückt allerdings eine anzuerkennende Wahrheit aus, aber in einer Fassung, die, allzu straff genommen und einseitig ausgebeutet, leicht zu Mißdeutungen und unrichtigen Folgerungen führen kann, wie auch auf spätern Juristentagen öfters zur Sprache kam. Man darf nicht vergessen, daß der Staatsanwalt, wenn er auch Wächter des Gesetzes, oder besser Diener der Gerechtigkeit im höheren Sinne, ist, und nicht blos für die Verfolgung der Schuld, sondern auch für die Entdeckung und Befreiung der Unschuld zu sorgen hat, nach der Einrichtung unseres Strafverfahrens immerhin als berufener Angreifer (sei es auch nur zum Angriff auf das Unrecht) erscheint und insoferne eine einseitige parteiartige Funktion zu versehen hat, wie namentlich Jolly in seinem Commissionsb. der I. Kammer S. 4 in sehr treffender Kennzeichnung des Geistes unseres Anklageverfahrens (Verfahrens auf Anklage oder mit Anklageform) besonders hervorhebt. Vergl. auch den angeführten Commissionsbericht von Prestinari, §. 5, worin der Staatsanwalt als öffentlicher Ankläger dargestellt wird. Auf solche Schlagworte, wie Wächter des Gesetzes, Auge des Gesetzes u. dergl., ist übrigens überhaupt kein allzugroßes Gewicht zu legen.

[9]) Vergl. die voranstehende Note 8. Im mehrerwähnten Commissionsbericht ist (S. 4) auch anerkannt, wie nach dem Entwurf der Strafprozeßordnung die Geschäfte der Staatsanwaltschaft bei der Geschäftstheilung so ziemlich auf das Minimum desjenigen, was der Strafprozeß in Form des Anklageverfahrens erfordere, beschränkt sei. Ungeachtet der theilweise erhobenen Bedenken vereinigte sich die Commission für die Annahme des dem Entwurf in dieser Beziehung zu Grund liegenden Systems, welches auch im Ganzen, wenig modificirt, angenommen wurde.

[10]) In der Begründung zum Regierungsentwurf wird zur Rechtfertigung der dem Staatsanwalt zugestandenen Ergreifung der Nichtigkeitsbeschwerde auch zu Gunsten des Angeklagten in Fällen des §. 373 Ziff. 7 auf die Pflicht des Ersteren zur Unpartheilichkeit (§. 4) und auf die Rekursordnung von 1837 §. 7 hingewiesen. In diesem §. 7 der R.O. ist aber nur vom Rekurs gegen hofgerichtliche Erkenntnisse die Rede. (Die Begründung zum Entwurf ist von Ministerialrath Ammann verfaßt. Vergl. Ziff. 6 unten)

5) Auch im Commissionsbericht der II. Kammer ist die fragliche Ausdehnung des staatsanwaltlichen Rekursrechtes gegen amtsgerichtliche Urtheile mit keinem Worte und keiner Silbe verlangt worden, im Gegentheil ist darin nur gesagt, daß dem Staatsanwalt ebenso, wie dem Angeschuldigten, das Rekursrecht einzuräumen ist." Im Commissionsbericht der I. Kammer findet sich ebenfalls keinerlei Andeutung im Sinne einer solchen Ausdehnung.

Wenn daher auch das eine oder andere Commissionsmitglied etwa die fragliche Ausdehnung des staatsanwaltlichen Rekurses im Sinne getragen haben sollte, so ist sein bezüglicher Gedanke doch nicht in die äußere Sinnenwelt getreten, und noch weniger durch die Gesetzgebung verwirklicht worden. Es ist nur ein Privatgedanke, kein Gedanke der Gesetzgebung. [11])

6) In dieser letztern Hinsicht ist dann auch die kurz nach dem Eintritt der neuen Strafprozeßordnung von Ministerialrath Ammann (dem Verfasser des Entwurfes und Regierungscommissär zur Vertretung desselben in der Ständeversammlung) in Anmerkung 2 zu §. 386 der Str.P.O. entschieden ausgesprochene Ansicht, daß dem Staatsanwalt das Recht, den Rekurs zu Gunsten des Angeschuldigten, welches ihm nach §. 7 der Rekursordnung von 1837 zustand, durch die neue Str.P.O. nicht verliehen sei, von besonderer Bedeutung, indem sie wesentlich zur Bestätigung der dargelegten richtigen Auffassung dient.

7) Wollte man endlich auch das practische Bedürfniß hinsichtlich der fraglichen Ausdehnung des staatsanwaltlichen Rekursrechtes gegen amtsgerichtliche Urtheile mit in Betracht ziehen, so scheint ein solches Bedürfniß im Ganzen nirgends in erheblichem Maaße hervorgetreten zu sein. Der Angeschuldigte kann durch den ihm zustehenden Rekurs) ein umfassendes, weitreichendes Rechtsmittel), sich in der Regel selbst genügend gegen verletzende Urtheile schützen und es pflegt hierin eher zu viel, als zu wenig zu geschehen; auf der anderen Seite aber scheint, wie die Erfahrung lehrt, eine allzu sehr vervielfältigte Ergreifung von Rechtsmitteln durch die Staatsanwaltschaft doch mehr ein Uebelstand, als ein Gewinn zu sein, was bei aller Anerkennung der höchst wichtigen Dienste, welche die Staatsanwaltschaft der Gerechtigkeit zu leisten hat und namentlich auch in Baden erfolgreich leistet, hier wohl bemerkt werden darf.

E. Brauer.

---

[11]) Es verdient, unter Bezug auf das oben in Note 8 Angeführte, noch bemerkt zu werden, daß der 6. Juristentag in der Plenarversammlung dem Beschluß der dritten Abtheilung beigetreten ist, daß dem Staatsanwalt die Berufung (der Rekurs von der Nichtigkeitsbeschwerde abgesehen) gegen Enderkenntnisse der Collegialstrafgerichte in Betreff der Thatfrage und des Strafmaaßes **zum Nachtheil** des Angeklagten nicht einzuräumen sei. (Die Frage, ob die Berufung in Strafsachen bei dem mündlichen Verfahren überhaupt zu gestatten sei, wurde hiebei nicht entschieden, sie wird in späterer Zeit zur Erledigung kommen müssen.)

Vergl. Verhandlungen des 6. deutschen Juristentags Band 3 S. 224—246, S. 352—366.

152.

Der Bauherr, welcher nach Fertigung der von einem Handwerker nach Vertrag gelieferten Bauarbeit, ohne die Prüfung des Stoffs und der Arbeit vorzunehmen, den Bau fortsetzen läßt, kann Jenem durch Widerspruch der Rechnungsansätze die durch die Weiterführung des Baues unmöglich gewordene oder unverhältnißmäßig erschwerte Beweispflicht nicht aufbürden.

§. 583 Abs. 2 der Pr.O.

In Sachen
des Zimmermeisters Wilhelm Schmidt in Heidelberg, Kläger, Appellanten, Oberappellaten, Cooberappellanten
gegen
Anwalt Nebel daselbst, jetzt dessen Wittwe Maria Nebel geborene Busch und dessen Kinder ꝛc., Beklagte, Appellaten, Oberappellanten, Cooberappellaten,
Forderung betreffend.

Gegen das Urtheil des Appellationssenats des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim vom 27. November v. J. hatten beide Theile die Oberappellation ausgeführt: die Beklagten gegen die Entscheidung unter Ziff. II. des Urtheils, wo Kläger zum Erfüllungseid über verschiedene seiner Ansätze, im Gesammtbetrag von 295 fl. 26 kr. zugelassen ist. Die Beklagten hielten dies nämlich nicht

für gerechtfertigt, weil Kläger zu den betreffenden Posten bezüglich der von ihm behaupteten, aber widersprochenen Thatsache, daß er zu den fraglichen Baubestandtheilen neues Holz verwendet habe, durch die Aussagen der Zeugen nicht, wie bei verschiedenen andern, auch widersprochenen Rechnungsansätzen unterstützt worden ist, auch die Sorte des verwendeten Holzes nicht durch Anschauung ermittelt werden konnte, da es verbaut, theilweise auch nicht mehr vorhanden war.

Allein das großh. Oberhofgericht bestätigte durch Urtheil vom 29. September 1868 die angefochtene Entscheidung aus folgenden

Gründen:

„Wenn es auch im Allgemeinen richtig ist, daß derjenige, welcher für eine gelieferte Arbeit und den dazu verwendeten Stoff den Preis fordert, im Falle des Widerspruchs den Beweis sowohl der Thatsache, daß der in Rechnung gebrachte Stoff, als daß die bezeichnete Arbeit wirklich geliefert worden, zu führen hat, so kann doch nach den Verhältnissen des vorliegenden Falls der Kläger nicht weiter für beweispflichtig erachtet werden.

Derselbe hatte in dem Vertrag vom 30. Mai 1841 die Zimmerarbeit zur Erhöhung des Hauses des Rechtsvorfahrers der Beklagten übernommen.

In §. 1 dieses Vertrags ist der Preis für die acht verschiedenen, zum Bau nöthigen, einzelnen Holzgattungen, welche der Kläger zu liefern und zu verarbeiten hatte, bestimmt, unter Ziff. 9—14 aber auch der Lohn für Herrichtung alten Holzwerks festgesetzt. Beim Mangel näherer Bezeichnung der zu verwendenden Quantität alten Holzes, war es zunächst dem Ermessen des Klägers überlassen, welche einzelne Stücke desselben zur Verwendung sich eignen. Wenn der Bauherr den Kläger in dieser Beziehung controliren wollte, so konnte dies nur geschehen nach Fertigung der Zimmerarbeit, jedoch vor Fortsetzung des Baues, wie dies in §. 4 des Vertrags mit Bezug auf die Zahlung auch vorgesehen ist.

Dadurch nun, daß der Bauherr unterließ, sich die gefertigte Zimmerarbeit vorzeigen, beziehungsweise die Stückzahl, die Gattung und das Maaß der zum Bau verwendeten alten Hölzer, für welche er nur den bedungenen Arbeitslohn und nicht auch den Werth des Stoffes, also weniger zu vergüten hatte, vordersamst feststellen zu lassen, ungeachtet diese Feststellung in seinem Interesse lag, hat der Bauherr den Verzicht auf jene Controle zu erkennen gegeben und zugleich durch die Weiterführung des Baues dem Kläger die Möglichkeit späterer Nachweisung der verwendeten Holzsorten entzogen.

Es verstößt sonach gegen den guten Glauben, wenn jetzt, nachdem der Bau längst vollendet ist, jene Nachweisung trotz jener einen Verzicht enthaltenden Vorgänge, dennoch verlangt wird.

Die Beklagten erscheinen hiernach dadurch, daß Kläger, welcher allein das Sachverhältniß aus eigener Wahrnehmung kennt, zum Notheid zugelassen ist, nicht beschwert. §. 585 der Pr.O. Red.

153.

Widersetzlichkeit. — Befreiung von Gefangenen.

Der Polizeidiener von Ettlingen wollte am 24. August, Mittags, den betrunkenen Drescher Peter Götz von Rülzheim (Rheinbaiern) wegen Ruhestörung auf das Rathhaus führen; anfangs ging Götz willig mit, bald aber weigerte er sich und stieß seinen lästigen Begleiter zurück, der ihn nun am Halstuch führte. Ein anderer Drescher Jakob Völkel von Rülzheim packte den Polizeidiener, so daß Götz frei wurde.

Es kamen mehrere Leute, namentlich Dienstmann Kühner, zugleich Nachtwächter und als solcher verpflichtet, die Polizei in Fällen vorliegender Art zu unterstützen. Dieser packte den Götz, wurde jedoch durch Adam Deutsch von Rülzheim, der seinem Landsmann helfen wollte, zurückgerissen. Mit Hilfe anderer Personen kamen die drei Drescher in Arrest, und wurden dem Gerichte überwiesen.

Die Anklagekammer verwies den Götz wegen Widersetzlichkeit und die beiden andern wegen versuchter Befreiung eines Gefangenen vor die Strafkammer. Diese verurtheilte den Götz und Völkel wegen Widersetzlichkeit und sprach den Deutsch frei. §§. 615. 632 des Str.G.B., §. 248 des Str.G.B.

Man ging davon aus, daß der Polizeidiener den Götz noch nicht als verhaftet erklärt, sondern nur aufgefordert hatte, mit auf das Rathhaus zu gehen, um ihn dem Bürgermeister vorzuführen. Die Vorführung ist noch kein Verhaftsbefehl, also fällt der Widerstand während der Vorführung nicht unter §. 632 des Str.G.B., sondern ist Widersetzlichkeit. — Vergleiche §. 50

Ziff. 4, 159—161 der Str.P.O., Häberlin, Grundsätze des Kriminalrechts II. S. 190 ff.

Bezüglich des Deutsch nahm man an, daß seine Handlung unter kein Strafgesetz fällt, und zwar einerseits, weil unter den angegebenen Umständen eine Gefangenenbefreiung gar nicht vorliegt, anderseits, weil Deutsch nicht wußte, daß Kühner in amtlicher Eigenschaft handelte, und hergestellt war, daß der Polizeidiener den Kühner nicht zur Unterstützung aufgefordert hatte. §. 615 des Str.G.B.

Es warf sich die Frage auf, ob — wenn im übrigen der Thatbestand des Verbrechens der Befreiung von Gefangenen vorgelegen sein würde — Deutsch etwa deßhalb straflos gewesen wäre, weil er nicht gegen den Polizeidiener, sondern gegen Kühner Gewalt angewendet hat. Ich glaube nicht; allerdings bestimmt §. 634 des Str.G.B., daß die Gewalt gegen die zur Verwahrung oder Bewachung des Verhafteten aufgestellten Personen, zu welchen Kühner nicht gehörte, angewendet sein muß, allein der Angeklagte Völkel hatte behufs der Befreiung des Götz bereits Gewalt gegen den Polizeidiener geübt, und wenn nun Deutsch den durch Kühner wieder gepackten Götz abermals freizumachen suchte, so beförderte er die von Völkel gewollte Handlung und ist — sofern nicht vorherige Verabredung statt hatte §. 125 des Str.G.B. — jedenfalls wegen Beihilfe strafbar. §. 134 des Str.G.B. Blittersdorff.

154.

Was gehört bei Feststellung des Thatbestands des in §. 438 des Str.G.B. bedrohten Verbrechens der Fälschung von Grenzsteinen zur Darstellung des Merkmals ächter Grenzsteine?

§. 300 der Str.P.O.

Die Absicht betrüglicher Begründnng ꝛc. von Liegenschaftsansprüchen muß in den Entscheidungsgründen durch Thatsachen festgestellt werden.

J. A.S.
gegen
den Wirth Xaver Wagner von Niedermühle,
wegen Fälschung von Grenzsteinen,

hatte der Angeklagte u. A. eine Richtigkeitsbeschwerde

dahin aufgestellt, daß das erkennende Gericht gegen die Vorschrift des §. 300 der Str.P.O. in den Entscheidungsgründen zu seinem Urtheil für einzelne Theile des Thatbestandes die thatsächliche Grundlage nicht bestimmt angegeben, und für die als erwiesen angenommenen Thatsachen nicht jeweils die dafür vorliegenden Beweismittel bezeichnet, namentlich auch nicht im Mindesten eine Ausscheidung derselben nach den verschiedenen einzelnen Fällen, über welche sich die Verurtheilung erstreckt, getroffen habe. Dem großh. Oberhofgerichte erschien in der That der Inhalt und die Fassung jener Entscheidungsgründe der Vorschrift des §. 300 der Str.P.O. nicht entsprechend, und für die Zwecke, welche das Gesetz mit jener Vorschrift verbindet, nicht genügend.

Es war nämlich durch die kurze, im Eingang jener Gründe und zwar für alle in Frage stehenden sechs Fälle gemeinschaftlich vorausgeschickte, Bemerkung nur die alternative Feststellung gegeben, daß die betreffenden Steine:

> entweder bei der Katastervermessung durch den hiezu beauftragten Geometer gesetzt worden seien, und zwar nachdem die betheiligten Eigenthümer und unter diesen auch der Angeklagte zuvor zur Vermerkung der Eigenthumsgränzen unter dem Bedrohen, daß, wenn er nicht erscheine, dieselbe gleichwohl vorgenommen werde, urkundlich eingeladen worden waren;
>
> oder, daß die Steine bei der Katastervermessung als bereits vorhanden in den Vermessungsplan, beziehungsweise den Gemarkungsatlas aufgenommen worden seien, nachdem ähnliche präjudizielle Ladung zuvor an die Betheiligten ergangen gewesen sei.

Es fehlte hiernach schon an der bestimmteren Angabe darüber, welche der verschiedenen in der Aburtheilung begriffenen Steine der einen, oder der andern Kategorie angehören, und es war dieses mehrentheils auch aus den weiteren, bei den einzelnen Anklagpunkten 1—6 gemachten Angaben nicht bestimmt zu entnehmen.

Es konnte sodann nicht genügen, wenn die Strafkammer von diesen beiden Kategorien von Steinen nur kurzweg die Bezeichnung als „ächter Grenzsteine aufstellte; denn es bildet die letztere Bezeichnung einen rechtlichen Begriff, welcher zu seiner Begründung mehrfache, oft schwer zu ermittelnde, thatsächliche Momente erfordert.

Bei der zuerstgenannten Kategorie von Steinen, die nämlich erst neu anläßlich der Katastervermessung gesetzt worden sein sollen, fehlte es namentlich an der Angabe und Feststellung darüber, ob die Voraussetzungen zur Seinsetzung, wie sie der §. 8 der Instruktion für die Steinsetzer vom 7. März 1856 (Centr.V.Bl. 1856 Nr. 5) verglichen mit den nachfolgenden §§. 14 und 15 verlangt, vorhanden waren, und ob die Steinsetzung durch die in §. 1 — 7 daselbst bezeichneten Personen geschehen war. M. vergl. den §. 1 Abs. 3 der Vollz.V. vom 1. August 1854 zum Gesetz vom 20. April v. J. verbunden mit §. 18 daselbst, und Art. 2 Abs. 2 des Katastervermessungsgesetzes vom 26. März 1852 und die deßfallsigen landständ. Verhandlungen.

Es fehlte bei der zweiten Kategorie von Steinen, nämlich jenen, die bei der Katastervermessung bereits vorhanden waren, jede nähere Angabe über die Beschaffenheit dieser Steine, aus welchen auf deren Eigenschaft als ächter Grenzsteine geschlossen werden könnte, über etwa vorgefundene geheime Unterlagen, über das Alter derselben, oder soferne ihre Setzung erst in die neuere Zeit fällt, über die Art und über die Umstände, unter welchen dieselbe statt gehabt hatte.

Mit Grund hatte ferner der Beschwerdeführer hervorgehoben, daß es auch keine genügende Feststellung bilde, wenn die Entscheidungsgründe ebenfalls nur allgemein sagen, der Angeklagte habe absichtlich zur betrüglichen Begründung von Liegenschaftsansprüchen bei der angeklagten Verrückung beziehungsweise Wegschaffung der fraglichen Steine gehandelt. Es müßten, namentlich insoferne es sich um ein bloses Herausreißen und offenes Daliegenlassen der ausgerissenen Steine handeln würde, nähere thatsächliche Momente angegeben werden, aus welchen die im Gesetz geforderte betrügerische Absicht zu entnehmen wäre.

Da hiernach die thatsächliche Feststellungen in den Entscheidungsgründen so mangelhaft waren, daß der obere Gerichtshof nicht einmal in der Lage war, prüfen zu können, ob das erkennende Gericht das Gesetz richtig ausgelegt und richtig auf die von ihm als wahr angenommenen Thatsachen angewendet habe, §. 373 Ziff. 7 der Str.P.O., indem vielfach zweifelhaft gelassen ist, auf welche thatsächliche Begründung das Urtheil gebaut sei; und da auch die Angabe der von ihm erheblich erachteten Beweismittel so mangelhaft geschehen war, daß darnach selbst die Prüfung der Zulässigkeit eines etwaigen Gesuches um Wiederaufnahme des Verfahrens nach §. 400 ff. der Str.P.O. nicht thunlich wäre: so wurde die Vorschrift des §. 300 der Str.P.O. als in wesentlichem Umfange verletzt erachtet, und daher nach §. 373 Ziff. 3 der Str.P.O. und §. 385 der Str.P.O. auf die Richtigkeitsbeschwerde des Angeklagten durch Urtheil vom 3. August 1868 das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Konstanz, Strafkammerabtheilung Waldshut, vom 28. April d. J. des Inhaltes:

> „der Angeklagte Xaver Wagner von Niedermühle sei der Fälschung von Grenzsteinen für schuldig zu erklären, und deßhalb zu einer durch achtzehn Tage Hungerkost geschärften Arbeitshausstrafe von achtzehn Monaten oder Einem Jahr Einzelhaft und in eine Geldstrafe von 50 fl. — fünfzig Gulden — oder im Falle der Unbeibringlichkeit zu einer weiteren Arbeitshausstrafe von einem Monat oder zwei drittel Monat Einzelhaft, sowie zur Tragung der Kosten des Strafverfahrens und der Urtheilsvollstreckung zu verurtheilen,"

aufgehoben und die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an großh. Kreis- und Hofgericht Freiburg, Strafkammerabtheilung Lörrach, verwiesen.

Red.

155.

Ueber die Gerichtsbarkeit der urtheilenden Strafgerichte, die Unzuständigkeit wegen Mangels derselben und das hiebei einzuhaltende Verfahren.

Das Gesetz über die Gerichtsverfassung vom 19. Mai 1864 hat die Strafgerichtsbarkeit unter die Amtsgerichte Strafkammern und Schwurgerichte nach den in Beilage I. und II. verzeichneten Vergehen vertheilt. Bezüglich der Beil. I. aufgeführten Vergehen ist jedoch die Strafgewalt der Amtsgerichte nach §. 15 der Ger.Verf. auf Freiheitsstrafen bis zu 8 Wochen Gefängniß und auf Geldstrafen bis zu 300 fl. beschränkt, ausgenommen den Fall zusammentreffender Verbrechen (§. 16 des Ger.Verf.). Trotz dieser Beschränkung soll sich das Amtsgericht der Aburtheilung der Vergehen (Beil. I.) auch dann unterziehen, wenn nach seiner Ansicht eine seine Befugniß übersteigende Strafe zu erkennen wäre, falls nur der Staatsanwalt ein innerhalb der amtsgerichtlichen Strafgewalt liegendes Strafmaß beantragt

hat. (§. 314 der Str.P.O.). Es darf sich nicht für unzuständig erklären. Was die Privatanklagen betrifft, so kann eine die beantragte übersteigende Strafe nach §. 327 der Str.P O. überhaupt nicht erkannt werden. Das Amtsgericht wälzt daher aus dem Grunde einer seine Strafbefugniß übersteigenden Strafe die Sache auf die Strafkammer nur dann über, wenn ein darauf gerichteter Strafantrag oder wenn überhaupt kein Strafantrag gestellt ist. (§. 318 der Str.P.O.) Das Amtsgericht kann aber hier im Gegensatz zu §. 314 der Str.P.O. von der Raths- und Anklagekammer auch dann zur Aburtheilung genöthigt werden, wenn der Strafantrag eine höhere Strafe begehrt. Diese Aenderung des im Entwurf dem §. 314. 327 der Str.P.O. zu Grunde liegenden einheitlichen Gedankens verdankt das Gesetz der Comission der I. Kammer. (Jolly Com.Ber. zu §. 323.) Im Falle der Zurückweisung an das Amtsgericht wird dasselbe bei §. 323 Abs. 3 der Str.P.O. ebenso wie bei §. 314 Abs. 2 der Str.P.O. an die Ansicht der Raths- und Anklagekammer, als der vorgesetzten Behörde, bezüglich des Strafmaaßes wie der Beschaffenheit der That gebunden sein. — Die Vergehen, welche der Gerichtsbarkeit der Strafkammer unterliegen, sind in negativer Weise bestimmt. Sie sind diejenigen, welche weder vor die Amtsgerichte (Beil. I.) noch vor die Schwurgerichte (Beil. II.) gehören. (§. 26 Ziff. I. der Ger.Verf.) Dieser §., welcher die Strafgerichtsbarkeit der Strafkammern festsetzt, fügt bei, daß dieselben, dritte Diebstähle ausgenommen, nicht auf Zuchthaus und auf Arbeitshaus über 6 Jahren erkennen dürfen. Diese Beschränkung ist dadurch gegeben, daß nach Ziff. 44 der Beil. II. der Ger.Verf. alle Verbrechen, mit Ausnahme der dritten Diebstähle, bei welchen nach dem Ermessen der Anklagekammer solche Strafen einzutreten haben, den Schwurgerichten zugewiesen sind. Ammann Note 9 zu §. 248 der Str.P.O. gibt in Uebereinstimmung mit dem Com.Ber. Jolly's zu §. 247 des Entwurfs dem Schlußsatz des §. 248 die Auslegung, daß die Strafkammer sich niemals für unzuständig erklären dürfe, wenn sie der Meinung sei, daß die Sache wegen einer zu erkennenden, seine Strafgewalt übersteigenden, Strafe sich vor ein höheres Gericht eigne. §. 247 des Entwurfs der Str.P.O. hatte folgende Fassung: „Findet das Gericht, daß die That zur Gerichtsbarkeit eines höheren Gerichts gehöre, so hat es sich für unzuständig zu erklären u. s. w." Diese Fassung enthielt also auch den Fall, wenn das Gericht fand, daß eine Zuchthausstrafe oder mehr als 6 jährige Arbeitshausstrafe bei Verbrechen, die keine dritten Diebstähle sind, zu erkennen war, und befand sich vollkommen mit §. 373 Ziff. 6 der Str.P.O. im Einklang. Derselbe wurde erst durch den Antrag der Commission der I. Kammer gestört, welche die jetzige Fassung vorschlug. (Commissionsbericht v. Jolly zu §. 247) Sie hielt es mit den Herrn Regierungskommissären nicht für zweckmäßig, daß blos wegen des Strafmaaßes ein höheres Gericht anzugehen sei, indem sie sagt: „das Str.G.B. läßt durchgängig für die Strafausmessung einen sehr weiten Spielraum, so daß es sehr leicht möglich wäre, das höhere Gericht wiese, weil es eine geringere Strafe für genügend hält, die Sache wieder an das niedere Gericht zurück, eine möglichst zu vermeidende Eventualität." Es bedarf keiner Ausführung, daß diese Eventualität gesetzlich nicht eintreten kann, da die Unzuständigkeitserklärung der Strafkammer der Verweisung der Raths- und Anklagekammer an das zuständige Schwurgericht gleichkommt und die Strafprozeßordnung den Grundsatz durchführt, daß sich kein Gericht deßhalb für unzuständig erklären darf, weil die Sache seiner Ansicht nach zur Gerichtsbarkeit eines untern Gerichts gehört (§. 247 vergl. mit Abs. 2 des §. 209 §. 292 der Str.P.O.).

In der Sitzung vom 15. Juli 1863 zeigte der Abgeordnete Prestinari an, daß die Commission beschlossen habe, sämmtlichen Anträgen der I. Kammer beizutreten, indem sie sich darauf beschränke, auf die in dem Commissionsberichte der I. Kammer enthaltene Begründung zu verweisen. In der Sitzung vom 16. Juli 1863 trat die II. Kammer den Anträgen ihrer Commission fast ohne Discussion und namentlich ohne Discussion über §. 247 des Entwurfs bei.

Nach dieser Geschichte des §. 247 des Entwurfs (§. 248 der Str.P.O.) muß allerdings angenommen werden, daß die Faktoren der Gesetzgebung der Strafkammer eine unbeschränkte Strafgewalt ertheilen und solche nur durch die Beschaffenheit der That beschränken wollten. Allein dann hätten sie auch dafür sorgen sollen, daß das kategorische Verbot im §. 26 Ziff I. der Ger.Verf. beseitigt, die Bedeutung der Ziff. 44 der Beil. II. der Ger.Verf. lediglich auf die Verweisung der Raths- und Anklagekammer beschränkt und der Nichtigkeitsgrund des §. 373 Ziff. 6 der Str.P.O. gestrichen werde. Es scheint nun zwar nach einzelnen Stellen in

den Commissionsberichten, auch nach Note 1 zu §. 15 und der Note zu §. 16 der Ger.Verf. in Ammanns Commentar, als habe das Amtsgericht und die Strafkammer in den Fällen, wo sie sich wegen einer, ihre Strafgewalt übersteigenden Strafe nicht für unzuständig erklären dürfen, sondern sich der Aburtheilung der Sache unterziehen müßen, trotzdem daß sie jene höhere Strafe für begründet erachten, doch nur eine Strafe auszusprechen, welche das höchste Maaß ihrer Gerichtsbarkeit nicht überschreite.

Allein dies würde dem Hauptgrundsatz des Gesetzes, daß die Gerichte in der Beurtheilung der strafbaren Handlung weder an die Raths- und Anklagekammer noch an den Staatsanwalt und insbesondere dessen Strafantrag gebunden sind, widersprechen. Es würde die endgiltige Entscheidung, bezüglich des höchsten Maaßes der zu erkennenden Strafe, theils von einer ohne Rücksicht auf den concreten Fall abstract gezogenen Competenzgrenze, theils von der Ansicht der Raths- und Anklagekammer abhängig machen und unter Verleugnung der sonst der Hauptverhandlung eingeräumten Bedeutung die Strafkammer mit 5 Mitgliedern in einer ihrer wesentlichsten Functionen unter das Drei-Männer-Collegium der Raths- und Anklagekammer stellen. Dies kann unmöglich der Wille des Gesetzes sein. —

Was das Verfahren der Strafkammer im Falle des §. 248 Abs. 4 der Str.P.O. betrifft, so hat sich dieselbe in einem Erkenntniß für unzuständig zu erklären und die Akten, da es eines neuen Verweisungsbeschlusses nicht bedarf, dem Schwurgerichtspräsidenten (§. 367 der Str.P.O.) oder der Staatsanwaltschaft zur Fertigung und Einreichung der Anklageschrift bei der Raths- und Anklagekammer (§. 215 der Str.P.O.) mitzutheilen. (Annalen, Jahrgang 1867 S. 186.)

Was dagegen das Verfahren im Fall des §. 314 der Str.P.O.) anlangt, so scheinen die Vorschriften des Abs. 2 hauptsächlich an den Fall gedacht zu haben, wenn das Amtsgericht im Gegensatz zu dem Staatsanwalt schon vor der Hauptverhandlung der Ansicht ist, daß die That einer höheren Gerichtsbarkeit angehöre. Daß diese Vorschriften sich jedenfalls auch auf diesen Fall beziehen, hat das Oberhofgericht unterm 29. April 1865 I. A.S. gegen Jac. Förster von Mühlbach wegen Körperverletzung ausgesprochen. — Wird die Hauptverhandlung abgehalten, so wird, sei es, daß der Staatsanwalt eine höhere Strafe beantragt und das Schöffengericht solche für begründet erachtet (§. 314 Abs. 2), sei es daß das Amtsgericht sich wegen der Beschaffenheit der That nicht für zuständig hält (§. 314 Abs. 2), dies in gleicher Weise, wie von der Strafkammer (§. 248 Abs. 4 der Str.P.O.), in einem Erkenntniß auszusprechen und das letztere zu verkünden sein, damit die Verhandlung ihren gehörigen Abschluß findet.

Im Uebrigen bleibt sich das Verfahren in diesen beiden Fällen gleich. Der Staatsanwalt hat, worauf schon die Vorschriften, daß ihm zunächst die Akten mitzutheilen sind, und er sie der Raths- und Anklagekammer einzureichen hat, hinweisen, — nach § 203 und 204 der Str.P.O. seine Anträge zu stellen und die Raths- und Anklagekammer ihre Beschlüsse nach §. 205 und 207 der Str.P.O. gerade so zu fassen, wie wenn die Sache ohne vorgängige Unzuständigkeitserklärung des Amtsgerichts an sie gelangt wäre. Denn die letztere hat nicht und kann nicht die gleiche Bedeutung, wie die Unzuständigkeitserklärung der Strafkammer haben, nämlich die eines Verweisungsbeschlusses der Raths- und Anklagekammer.

Es ist daher falsch, wenn in analoger Anwendung des §. 248 Abs. 4 und 323 Abs. 2 der Str.P.O., wie mir Fälle bekannt sind, die Akten von der Staatsanwaltschaft der Raths- und Anklagekammer ohne Verweisungsantrag mitgetheilt und von dieser, ohne daß ein Verweisungsbeschluß nach §. 207 der Str.P.O. erlassen wird, der Strafkammer zur Anordnung der Hauptverhandlung zugefertigt werden. Die Verschiedenheit der Verhältnisse ergibt sich aus folgenden

Gründen:

1) Da die Raths- und Anklagekammer immerhin zu prüfen hat, ob nicht das Amtsgericht nach Strafe und Beschaffenheit der That doch zuständig erscheint, mithin in der Unterlassung der Zurückweisung an dasselbe der Ausspruch liegt, daß eine höhere Gerichtsbarkeit begründet sei, so läge hierin zwar in negativer Weise eine deßfallsige Bestimmung der Raths- und Anklagekammer selbst, welche an sich dem Ausspruche der Strafkammer gleichgesetzt werden könnte. Allein damit ist noch nicht ausgesprochen, ob die Sache von der Strafkammer oder von dem Schwurgericht abzuurtheilen ist. Mit der Un-

zuständigkeitserklärung der Strafkammer ist die Gerichtsbarkeit des Schwurgerichts von selbst gegeben (§. 247 Schlußsatz der Str.P.O.) Mit der Unzuständigkeitserklärung des Amtsgerichts bleibt jene Frage unentschieden. Es hätte daher die Raths- und Anklagekammer jedenfalls im Sinne des §. 323 Abs. 2 der Str.P.O. das zuständige Gericht zu bezeichnen, und der durch §. 204 der Str.P.O vorgeschriebene Antrag Seitens der Staatsanwaltschaft vorauszugehen. Es wären ferner im Falle der Verweisung der Sache an das Schwurgericht die Akten an die Staatsanwaltschaft zur Fertigung der Anklage und Einreichung bei der Raths- und Anklagekammer zurückzugeben.

Allein die letztere hat noch andere Funktionen, als die Bezeichnung des abzuurtheilenden Gerichts (§. 205 und §. 206 der Str.P.O.), insbesondere die Prüfung der Beweisfrage, welchen sie sich im Falle des §. 248 Abs. 4 der Str.P.O. bereits unterzogen hatte, als sie den Verweisungsbeschluß erließ, mit welchem die Sache an die Strafkammer gelangte und welche im Falle des §. 314 der Str.P.O. nicht dadurch entbehrlich werden, daß die Sache anfänglich als amtsgerichtliche Strafsache behandelt wurde. Hierin liegt der wesentliche Unterschied zwischen dem Fall des §. 248 Abs. 4 und 314 der Str.P.O., welcher auch ein verschiedenes Verfahren bedingt. Der Wegfall dieser Funktionen der Raths- und Anklagekammer wird auch nicht etwa durch die amtsgerichtliche Thätigkeit ersetzt, selbst wenn hierin ein Aequivalent für jene gefunden werden könnte, da das Amtsgericht sich zunächst ausschließlich mit der Frage seiner Gerichtsbarkeit zu beschäftigen hat.

2) Der §. 66 der Str.P.O. gebietet die Voruntersuchung in kreis- und schwurgerichtlichen Strafsachen, während solche bei amtsgerichtlichen Strafsachen nach §. 301 der Str.P.O., wo immer thunlich, unterbleiben soll. In allen Fällen, wo eine Voruntersuchung nicht vorliegt, wäre solche daher im Falle des §. 314 der Str.P.O erst nachzuholen. Dadurch wird aber einestheils eine neue Grundlage für die weitere Verfolgung der Sache geschaffen, anderntheils dasselbe Stadium des Verfahrens herbeigeführt, wie wenn von vorneherein die strafbare Handlung als kreis- oder schwurgerichtliches Verbrechen behandelt worden wäre.

Es kann sich mithin die Raths- und Anklagekammer, falls sie nicht die Zurückweisung an das Amtsgericht beschließt, weder sofort nach erfolgter Unzuständigkeitserklärung desselben, noch nach nachgeholter Voruntersuchung auf eine einfache Abgabe der Sache an das zuständige Gericht beschränken.

3) Im Falle des §. 248 Abs. 4 der Str.P.O. liegt bereits ein Verweisungsbeschluß der Raths- und Anklagekammer im Sinne des §. 207 der Str.P.O. vor, der, insoweit er nicht durch das Erkenntniß der Strafkammer eine Aenderung erleidet, fortbesteht und in Verbindung mit dem nach Ansicht der Strafkammer vorhandenen schwereren Moment in dem Schlußantrag der Anklageschrift seine hiernach modificirte bestimmte Fassung findet, während im Fall des §. 314 der Str.P.O. ein Verweisungsbeschluß noch gar nicht vorhanden ist, solcher aber bei kreis- und schwurgerichtlichen Strafsachen regelmäßig der Hauptverhandlung vorauszugehen hat. (§. 26 Ziff. II. der Gerichtsverfassung, §. 205 Ziff. 5 der Str.P.O.)

Diese Gründe werden genügen, um darzuthun, daß die Unzuständigkeitserklärung des Amtsgerichts an dem Verfahren des XVI. Titels nichts ändert und insbesondere die Erlassung des Verweisungsbeschlusses, welche der Anklage und Hauptverhandlung ihre Grundlage zu geben hat, nicht ausschließt.

Die Unzuständigkeit der Strafkammer kann schließlich im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde (§. 373 Ziff. 5 der Str.P.O.) von dem Oberhofgericht, die Unzuständigkeit des Amtsgerichts im Wege des Rekurses von der Rekurskammer ausgesprochen werden. Der §. 385 der Str.P.O. bestimmt für jenen Fall, daß das ergangene Urtheil der Strafkammer aufzuheben und die Sache zur nochmaligen Verhandlung an das zuständige Schwurgericht zu verweisen ist.

Das Verfahren, welches diesem oberhofgerichtlichen Erkenntnisse folgt, ist dem Verfahren, welches auf die Unzuständigkeitserklärung der Strafkammer selbst einzutreten hat, vollkommen gleich.

Für die an die Rekurskammer ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerden bezeichnet §. 397 der Str.P.O. den eben erwähnten §. 385 der Str.P.O. als maaßgebend. Es hätte daher bei buchstäblicher Anwendung des §. 397 der Str.P.O. die Rekurskammer folgeweise mit Aufhebung des unzuständig erlassenen amtsgerichtlichen Urtheils die Sache zur nochmaligen Verhandlung an die zuständige Strafkammer oder das zuständige Schwur-

gericht zu verweisen. Dies geschah auch in den mir bekannten Fällen und wurden die Akten von der Rekurskammer einfach der Strafkammer mitgetheilt und von dieser die Hauptverhandlung angeordnet. Hiebei ergaben sich zwar keine Schwierigkeiten von der Bedeutung, wie sie nach den obigen Ausführungen, insbesondere dann vorkommen können, wenn eine Voruntersuchung gar nicht gepflogen worden ist. Nichts desto weniger empfand man bei der Strafkammer eine Lücke, weßhalb man der unbeschränkten Befugniß der Staatsanwaltschaft, die zu erhebenden Beweise für die Hauptverhandlung zu bezeichnen, dadurch Rechnung trug, daß man ihr die Akten zur Bezeichnung der Beweise mittheilte.

Die Gründe, welche ich oben dafür geltend gemacht habe, daß die amtsgerichtliche Unzuständigkeitserklärung das gewöhnliche Verfahren des XVI. Titels der Str.P.O. nicht ausschließe, gelten im Wesentlichen auch für den Fall, wo die Rekurskammer wegen Unzuständigkeit das amtsgerichtliche Urtheil aufhob.

Es ist nicht Sache der Rekurskammer zu bestimmen, welches Gericht das Vergehen abzuurtheilen habe; ihre Funktion ist erschöpft, sobald sie findet, daß die amtsgerichtliche Gerichtsbarkeit nicht begründet war und deßhalb das Urtheil aufhebt.

Die Verweisung des Oberhofgerichts ist eine von selbst gegebene, nothwendige Folge der Aufhebung des Urtheils der Strafkammer, eine Folge, deren Ausspruch in dem oberhofgerichtlichen Erkenntniß geradezu entbehrt werden könnte; sie bietet daher keine Handhabe für eine in die Befugnisse der Raths- und Anklagekammer eingreifende analoge Ausdehnung der angeführten Thätigkeit der Rekurskammer. Die Akten werden daher auch in diesem Fall zunächst wieder der Staatsanwaltschaft mitzutheilen und von dieser die weiteren Anträge zu stellen sein. Hiebei und bei der Beschlußfassung der Raths- und Anklagekammer ist selbstverständlich die Zurückweisung an das Amtsgericht, über dessen Unzuständigkeit die Rekurskammer sich ausgesprochen hat, ausgeschlossen.

v. Hillern.

156.

Das in §. 363 des Str.G.B. nicht ausdrücklich aufgeführte gewerbsmäßige Beherbergen von Lustdirnen, wobei Männern der Zutritt zu diesen gestattet wird, ist auf Antrag der Polizeibehörde als Kuppelei zu bestrafen.

J. A.S.
gegen
Luise Bauer ledig von Carlsruhe,
wegen Kuppelei.

Die Angeklagte hatte schon gegen den Verweisungsbeschluß Beschwerde geführt, weil der Thatbestand der Kuppelei nicht vorliege.

In den Entscheidungsgründen zu dem oberhofgerichtlichen Erkenntniß vom 13. Juli 1868, womit die Beschwerdeführung als unbegründet verworfen wurde, ist in dieser Beziehung ausgeführt:

Schon bei Betrachtung des Wortlauts des §. 363 des Str.G.B. drängt sich die Anschauung auf, daß ihm zufolge die Aufgabe der Gerichte nur dahin gehe, nach von der Polizeibehörde gestelltem Strafantrage die Frage zu lösen, ob sich der Angeschuldigte solcher Handlungen, welche den Thatbestand des Verbrechens der Kuppelei zu begründen im Stande seien, schuldig gemacht habe.

Es zeigen aber — abgesehen hiervon — die Vorarbeiten zu dieser Gesetzesstelle, daß der Gesetzgeber, indem er die Worte „auf Antrag der Polizeibehörde“ *), dem §. 363 einverleibte, einerseits die rechtliche Möglich-

---

*) Diese Worte sind auf die Bemerkung des damaligen Justizministers Jolly im Laufe der Discussion der II. Kammer beigesetzt, „die Polizei in größeren Städten sei in der Lage, Kuppelei dulden zu müssen, um desto genauere Aufsicht führen zu können. Dieser Umstand lasse nicht zu, daß ein gerichtliches Einschreiten ohne Weiteres stattfinde, indem sonst Jemand in Untersuchung genommen werden könnte, der von der Polizei die Erlaubniß erhalten habe, sich dem Kupplergewerbe zu widmen.“

7. Protokollheft II. Kammer 18. 39/40 S. 93.

Die Kommission der II. Kammer beseitigte sich den von dem Justizminister hervorgehobenen Anstand damit, „daß Fälle bloser Duldung durch die polizeilichen Unterbehörden vom Strafrichter nicht beachtet werden können; der Fall einer förmlichen Staatsconcession aber, wenn solcher eintreten sollte, natürlich die Strafdrohung des Paragraphen suspendiren würde.“

4. Beilageheft II. Kammer 18. 39/40, Bericht No. 7 S. 8.

Oppenhoff zum preußischen Str.G.B. §. 147 geht noch weiter, indem er S. 248 bemerkt:

„Auch das Halten eines concessionirten Bordells fällt unter den Paragraphen. Daher kann die, durch die Duldung der Polizei hervorgerufene Meinung des Angeklagten, seine Handlung sei erlaubt, die Strafbarkeit nicht ausschließen.“

Er vermengt hiebei offenbar die wesentlich verschiedenen und deßhalb aus einander zu haltenden Fälle der stillschweigenden Duldung und der ausdrücklichen Concessionirung solcher Anstalten.

keit gewähren wollte, daß die Polizeibehörde die Ausübung des Kuppeleigewerbes dulde, andererseits aber dieser Behörde auch wieder die Gewalt einzuräumen gedachte, die sofortige gerichtliche Verfolgung der Kuppelei hervorzurufen.

Nach Wort, Sinn und Absicht des §. 363 des Str.-G.B. kann somit der Richter aus der vor dem Strafantrage stattgehabten Duldung des Kuppeleigewerbes keinen Strafloſigkeitsgrund ableiten."

Die Angeklagte zeigte nichts destoweniger gegen das Urtheil der Strafkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Carlsruhe vom 14. August 1868, durch welches sie der Kuppelei schuldig erklärt und zu einer Kreisgefängnißstrafe von 3 Monaten, sowie zur Tragung der Kosten des Strafverfahrens und Urtheilsvollstreckung verurtheilt worden ist, rechtzeitig die Nichtigkeitsbeschwerde an, welche sie darauf gründete, daß jener Gerichtshof bei der Urtheilsfällung das Gesetz zum Nachtheil der Verurtheilten unrichtig ausgelegt und unrichtig auf die in den Entscheidungsgründen als wahr angenommenen Thatsachen angewendet habe, indem die Angeklagte auszuführen suchte, daß auch nach den von der Strafkammer als wahr angenommenen Thatsachen der Thatbestand des im §. 363 des Str.G.B bezeichneten Verbrechens der Kuppelei nicht als vorhanden betrachtet werden könne.

Das eingewendete Rechtsmittel wurde aber von großh. Oberhofgericht durch Urtheil vom 10. Oktober 1868 als unbegründet verworfen.

Gründe:

Nach dem alleg. §. 363 wird auf Antrag der Polizeibehörde derjenige wegen Kuppelei bestraft, welcher gewerbsmäßig die Unzucht Anderer befördert oder erleichtert, sei es durch Gewährung der Gelegenheit, oder durch Zuführung oder andere Vermittelung. *)

Die Strafkammer hat nun in ihren Entscheidungsgründen folgende Thatsachen als erwiesen festgestellt:

Daß die Angeklagte, welche bereits im Juni 1867 polizeilich wegen Kuppelei zu einer vierwöchentlichen Amtsgefängnißstrafe verurtheilt worden ist, seitdem in ihrem Hause mehreren Mädchen, welche ihr als eingeschriebene öffentliche Lustdirnen bekannt waren, gegen Bezahlung eines geringen Miethzinses und Kostgeldes Wohnung und Kost verabreicht und die Ausübung des unzüchtigen Gewerbes dieser Personen in ihrem Hause geduldet, sowie daß sie von dem hiefür empfangenen Lohn jeweils die Hälfte von den bei ihr wohnenden Dirnen erhalten hat.

Die Angeklagte hat hiernach eine Mehrheit von erklärten Lustdirnen wissentlich bei sich aufgenommen, sie hat ihnen gestattet, ihr unzüchtiges Gewerbe in ihrem Hause auszuüben, und hat sich jeweils von diesen Dirnen einen Theil des von ihnen durch die Unzucht verdienten Lohnes bezahlen lassen; es ist daher mit ihrer Einwilligung, ohne welche es gar nicht hätte geschehen können, die sie sich aber durch die theilweise Entrichtung jenes Lohnes erkaufen ließ, eine förmliche Bordellwirthschaft in ihrem Hause getrieben worden.

Durch die Ueberlassung ihrer Wohnungsräume zu diesem Zwecke an jene Lustdirnen hat die Angeklagte aber nicht allein diesen Dirnen selbst, sondern auch den sie besuchenden Mannsperson die Gelegenheit zur Verübung der Unzucht gewährt, damit aber im Sinne des Gesetzes die Unzucht Anderer befördert und erleichtert.

Daß die Angeklagte dies aber auch gewerbsmäßig gethan hat, dafür spricht nicht nur die Anstalt an und für sich, und ihr längerer Bestand, sowie die wiederholte Errichtung einer solchen, nachdem sie schon wegen Betriebs einer gleichen Anstalt polizeilich bestraft worden war, sondern vorzugsweise der Umstand, daß die Angeklagte an dem Verdienste der Lustdirnen Theil nahm, und dadurch die Beförderung der von denselben getriebenen Unzucht, so zu sagen, zu einem Nahrungszweige gemacht hat.

Da endlich der Gesetzgeber ausdrücklich die Beförderung der gemeinen Unzucht wegen ihrer Gemeingefährlichkeit in das Gebiet des Strafgesetzes gezogen hat, vergleiche Commissionsbericht der II. Kammer zu §. 324 des Entwurfs, so erscheint es für den Thatbestand des hier vorliegenden Vergehens ganz unerheblich, daß die gemeine Unzucht selbst nicht mit Strafe bedroht ist."

Aus gleichen Gründen wurde an demselben Tage die Nichtigkeitsbeschwerde J. A.S. gegen Jakob Geiselhardt Wittwe von Carlsruhe, wegen Kuppelei — als unbegründet verworfen.

Red.

*) Häberlin III. §. 136 S. 302 rechnet hierher schon „Gewährung längeren oder kürzeren Aufenthalts."

Nach Oppenhoff zu dem preuß. Str.G.B. §. 147 S. 247 fanden preußische Gerichte auch in dem bewußten Ueberlassen der Wohnung, zumal in dem Vermiethen einer Wohnung zu einem hohen mit Rucksicht auf die darin zu treibende Unzucht bemessenen Preis eine Gewährung von Gelegenheit zur Unzucht.

137.

Entbindung von der Pflicht zur Einwerfung, L.R.S. 843. Stillschweigender und ausdrücklicher Verzicht des Miterben auf die Einwerfung.

Im Januar 1856 starb die Wittwe X. und hinterließ als gesetzliche Erben einen Sohn, eine Tochter und zwei Enkel. Der Nachlaß wurde gerichtlich getheilt, die Theilung allseitig anerkannt. Nach dem Tode der Tochter erhob der eine Enkel im Jahr 1868 gegen die übrigen Erben der Wittwe X. eine Klage, in welcher unter Anderem beantragt wurde, zu erkennen, die Theilung auf Ableben der mehrgenannten Wittwe sei dadurch zu ergänzen und zu berichtigen, daß der beklagte Sohn den Werth einer ihm von der Erblasserin im Jahre 1842 geschenkten Liegenschaft mit 16,000 fl. einwerfe.

Zur Begründung dieses Gesuches wurde vorgetragen, die Wittwe habe dem Sohne einen Gartenplatz zu Eigenthum abgetreten. Der Kaufpreis solle 1200 fl. betragen haben, sei aber nicht bezahlt worden. Das Rechtsgeschäft sei lediglich eine verschleierte Schenkung und der Beklagte deßhalb schuldig, den Werth der Liegenschaft im wahren Betrage von 16,000 fl. einzuwerfen.

Beklagterseits wurde hiegegen geltend gemacht, die Eigenthumsübertragung beruhe nicht auf einer Schenkung, sondern auf einem Kaufe, und der Kaufpreis sei dem wahren Werthe nach bezahlt worden. Die Erblasserin habe in einer Urkunde vom 15. April 1842 Empfangsbescheinigung ausgestellt und aus dem Inhalte dieser, von den Erben mitunterzeichneten, Urkunde gehe jedenfalls hervor, daß, falls eine Schenkung gleichwohl vorliegen sollte, der Sohn von der Einwurfspflicht entbunden worden sei. —

Die vom beklagten Theile vorgelegte, als ächt anerkannte, Urkunde vom 15. April 1842 ist, wie aus ihren Eingangsworten erhellt, eine von der Wittwe X. ihren künftigen Erben abgegebene Erklärung; sie erörtert, daß und wodurch die Ausstellerin von dem Sohne für den diesem überlassenen Gartenplatz entschädigt worden sei, und schließt mit den Worten: „So bin ich in meinem Gewissen beruhigt, meine künftigen Erben mit dieser Uebergabe an meinen Sohn nicht im Mindesten benachtheiligt zu haben." Auf der Rückseite enthält die Urkunde zunächst eine, mit dem Datum „Karlsruhe den 12. Mai 1842" versehene, von dem Ehemanne der Tochter unterzeichnete Erklärung, worin derselbe sein Einverständniß mit dem Inhalte kund gibt; es folgen sodann, jeweils mit dem Beisatze „Einverstanden," die Unterschriften der Tochter, beider Enkel, und endlich die des Sohnes.

Durch Urtheil der Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichtes Carlsruhe vom 6. Juli 1868 wurde die Klage abgewiesen. Die hieher bezüglichen Entscheidungsgründe lauten:

„Sieht man auch von der Frage ab, ob es überhaupt zuläßig ist, den Anspruch auf Einwerfung einer angeblich gemachten Schenkung im Wege einer nachträglichen Theilungsklage geltend zu machen, und ob nicht vielmehr in einem Falle dieser Art die Umstoßung der Theilung wegen Verkürzung über ¼ begehrt und die Verkürzung thatsächlich begründet werden muß (L.R.S. 887.),

(Annalen XVII. S. 494, Jahrb. für badisches Recht I. S. 127),

so erhellt aus der Urkunde jedenfalls, daß Kläger zur Zeit der Theilung von der Uebergabe des Hausgartenplatzes Kenntniß gehabt hat. Hat er aber, dieser Kenntniß ungeachtet, unterlassen, bei der Theilung, bei welcher er durch einen mit umfassender Specialvollmacht versehenen Anwalt vertreten war, und bei welcher die gegenseitigen Ansprüche der Erben untereinander auszugleichen und insbesondere Ansprüche auf Einwerfung auszutragen waren, den fraglichen Anspruch in Anregung zu bringen, so hat er damit auf denselben stillschweigend verzichtet. — Es geht aber auch aus der Urkunde, die sich zunächst als eine dem Sohne ausgestellte Empfangsbescheinigung darstellt, der deutlich ausgesprochene Wille der Erblasserin hervor, daß der Sohn von jeder weiteren Vergütung für den Gartenplatz entbunden sein solle, und er ist schon deßhalb, falls er durch die Uebergabe einen unvergoltenen Vortheil gehabt haben sollte, von der Einwerfung desselben befreit.*) (L.R.S. 843.)

(Jahrbücher für badisches Recht I. S. 439 und ff.

Hiezu kommt ferner, daß Kläger durch seine Unterschrift den Willen der Erblasserin gutgeheißen und damit ausdrücklich auf einen Collationsanspruch verzichtet hat. Wenn der klagende Anwalt in dieser letzteren Beziehung geltend gemacht hat, die Unterschrift des Klägers sei nicht mit einem Datum versehen und deßhalb wirkungslos, so ist dies unrichtig, da sämmtliche Erben, welche die am 12. Mai 1842 ausgestellte Erklärung des Schwiegersohnes der Erblasserin unterzeichneten, sich als Mitaussteller dieser Erklärung darstellen.

Der Sohn ist hienach von der verlangten Einwerfung sowohl durch Verfügung der Erblasserin, als auch durch den stillschweigend und ausdrücklich erklärten Verzicht des Klägers entbunden. Die von der Erblasserin erklärte Befreiung würde einer Klage wegen Verletzung des Pflichttheils nicht entgegenstehen; der Verzicht des Klägers würde auch eine solche Klage zerstören.

Die hier verbeschiedene Klage hat übrigens die Ergänzung des Pflichttheils nicht zum Gegenstande.

Dr. Gebhard.

---

*) Siehe Annalen 1867 No. 10. 11 Ziff. 33 S. 80 ff.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 23.

158.

Der Käufer, welcher erklärt, daß er für einen Andern kaufe, wird durch diese unbestimmte, weder eine Bedingung noch einen Vorbehalt einschließende Erklärung, wodurch er kundgibt, auch gegenüber einem unbekannten Dritten Verbindlichkeiten übernommen zu haben, gegenüber dem Verkäufer der Verpflichtungen des Käufers nicht ledig.

L.R.S. 1582—1584.

Der Käufer kann sich durch gefährdevolle Vereitlung des Vertragszwecks der Erfüllung der Vertragsverbindlichkeiten nicht entziehen.

In Sachen
der Altbürgermeister Landolin Löffler Wittwe von Offenburg, Klägerin, Appellantin, Oberappellantin
gegen
den Fabrikanten Walter Clauß in Offenburg, Beklagten, Appellaten, Oberappellaten,
Aufhebung eines Vertrages und Anerkennung eines Rechtsverhältnisses betreffend.

Mit der erhobenen Klage war verlangt, daß der Kaufvertrag vom 24. April 1865 für rechtlich unwirksam, oder doch für aufgehoben, und in Folge dessen der Beklagte für schuldig erklärt werde, die als Kaufpreis stipulirten 2000 fl. nebst 4½ pCt. Zinsen vom 24. April 1865 an — auch fernerhin als Schuld anzuerkennen.

Der Vertrag hatte in soferne eine Eigenthümlichkeit, als nach §. 1 Franz X. Bührer im Weg des Kaufs vom Beklagten Walter Clauß die auf dessen Bad ruhende Schild- und Realwirthschaftsgerechtigkeit um den Preis von 2000 fl. übernimmt, während er in §. 2 erklärt, daß er diese Gerechtigkeit nicht für sich, sondern für einen Dritten kaufe, dessen Name vorläufig nicht genannt werde, so daß derjenige, welcher dereinst wirklicher Eigenthümer des Kaufobjectes werden soll, in dem Vertrage nicht bestimmt bezeichnet, und dessen Einwilligung dazu in demselben nicht erwähnt ist 2c.

Allein die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen, von großh. Oberhofgericht durch Urtheil vom 20. Oktober 1868, aus dessen Gründen folgende Stellen von allgemeiner Bedeutung sind:

Nach den allgemeinen Grundsätzen unseres Landrechts stand es den Contrahenten vollkommen frei, ihre Vertragsverhältnisse lediglich nach ihrem Gutdünken zu ordnen, in so lange sie nur nichts verabredeten, was gegen verbietende Gesetze, oder gegen die guten Sitten verstößt; daß aber der Vertrag vom 24. April etwas derartiges enthalte, kann nicht behauptet werden.

Franz X. Bührer hat sich nach dem Vertrage in erster Reihe als Käufer dargestellt, und wenn er auch erklärt hat, daß er nicht für sich, sondern für einen ungenannten Dritten kaufe, so hat er doch die Perfektion des Vertrags nicht von der Einwilligung dieses Dritten abhängig gemacht; vielmehr ergibt sich aus den Bestimmungen der §§. 4 und 5 des Vertrags, daß derselbe sofort perfekt und nur für den einzigen Fall wieder aufgelöst werden sollte, daß die Transferirung der Realwirthschaftsgerechtigkeit auf das Haus des Käufers durch die Staatsbehörde nicht genehmigt werden würde. Gegenüber dem Verkäufer Clauß war daher das Zustandekommen und die Rechtsverbindlichkeit des Vertrags an keine Bedingung geknüpft, und namentlich nicht an die Einwilligung des ungenannten Dritten; ihm gegenüber war vielmehr Fr. X. Bührer der Käufer, und es war diesem nur das Recht vorbehalten, statt seiner eine andere Person als Käufer darzustellen 2c.

Will sich Fr. X. Bührer in Gemäßheit des Vorbehaltes in §. 2 des Vertrags von seiner in §. 1 übernommenen Verbindlichkeit befreien, so ist es seine Verpflichtung, den bisher ungenannten Dritten zu stellen, und dessen Einwilligung zu den in dem Vertrag enthaltenen Stipulationen beizubringen; in so lange er aber dem Verkäufer den Dritten nicht genannt, und dieser ihn nicht angenommen hat, bleibt er, der direkt mit dem Verkäufer contrahirt hat, auch der Käufer, und er bleibt

es definitiv, wenn der etwa von ihm in Aussicht genommene Dritte den Eintritt ablehnt, oder wenn er überhaupt Niemanden findet, der unter den verabredeten Bedingungen in den Kauf eintreten will.

Troplong, de la vente, No. 64. 65.

Dem Verkäufer gegenüber, dem man überhaupt keine bestimmte dritte Person als Käufer genannt hatte, ist es hiernach von keiner Erheblichkeit, wen etwa Fr. X. Bührer und die Wittwe Löffler als solchen in Aussicht genommen hatten, und ob dies namentlich Gustav Löffler gewesen ist, und ob dieser Willens war, in den Vertrag einzutreten, oder nicht, oder ob er durch seinen erfolgten Tod verhindert ist, die zur Erfüllung des Vertrags erforderlichen Schritte zu thun ꝛc.

Endlich erscheint aber auch die Behauptung unrichtig, daß der Vertrag darum unwirksam sei, weil es ganz in die Willkür des Fr. X. Bührer gegeben gewesen sei, ein beliebiges und zur Transferirung des Wirthschaftsrechtes ganz ungeeignetes Haus zu bezeichnen, und damit den Eintritt der auflösenden Bedingung herbeizuführen; denn da der Vertrag einen redlichen Vollzug erforderte, so war es auch eine rechtliche Verpflichtung Bührer's, eine taugliche Person als Käufer, und ein zur Transferirung geeignetes Haus darzustellen, andernfalls er sich einer Gefährde gegen den Verkäufer schuldig gemacht hätte.

Hiernach erscheint aber der Vertrag vom 24. April 1865 als ein vollkommen zu Recht beständiger ꝛc.

Red.

139.

Die Beweiseinrede, daß die Errichtung einer Urkunde durch Betrug bewirkt sei, steht der Einrede, daß eine Urkunde falsch oder verfälscht sei, in der Wirkung gleich.

§. 429 der Pr.O.

Diese Einrede wird durch Hinweisung auf die Unvorsichtigkeit des Ausstellers der Urkunde nicht beseitigt.

Ueber die den Begriff eines solchen Betrugs darstellenden thatsächlichen Merkmale findet die Eideszuschiebung statt,

§. 525 der Pr.O.,

ebenso über eine der Fertigung der Vertragsurkunde nachgefolgte mündliche Vereinbarung.

Die Hinausschiebung des Verfallziels einer Verbindlichkeit bis zum Eintritt von Thatsachen, welchen herbeizuführen der Schuldner sich verpflichtet, fällt nicht unter L.R.S. 1174.

In Sachen
des Wolf Freund von Odenheim, Klägers, Appellaten, Oberappellanten
gegen
Anton Krill von Zeuthern, Beklagten, Appellanten, Oberappellaten,
Forderung betr.,

hatte der Beklagte der Urkunde vom 17. Juli 1866, auf welche sich Kläger zum Beweise dafür berufen hatte, daß Beklagter für eine Schuld der Johann Boppels Eheleute an Kläger in obigem Betrage Bürge und Selbstschuldner geworden sei, die Einwendung entgegen gehalten, daß diese Urkunde unter Anwendung der in der Formel des gedachten Eides näher bezeichneten Kunstgriffe betrüglich erschlichen worden sei.

Ueber diese Einrede bemerken die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe zum Urtheil vom 24. September 1868:

„Erwägt man, daß die Errichtung einer Urkunde ebensogut ein Ausfluß des Willens desjenigen ist, welcher sie ausstellt, als die Einwilligung eines Vertragstheils zum Abschlusse eines Vertrages, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Betrug, vermittelst dessen Jemand die Errichtung einer Urkunde hervorgerufen hat, eben so gut die Nichtigkeit eines solchen Willensaktes, mithin auch des Ergebnisses dieses Aktes, das ist der Urkunde selbst bewirken muß, als der Betrug, durch welchen eine Vertragsperson von der anderen Vertragsperson zur Vertragsabschließung bewogen wurde, nach ausdrücklicher Vorschrift der L.R.S. 1109. 1116 die Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrags wirkt.

Es steht demnach die Einwendung, daß eine Urkunde durch Betrug erschlichen worden sei, der Behauptung, daß eine Urkunde falsch oder verfälscht sei, gleich und ist, wie es bezüglich letzterer der §. 429 der Pr.O. vorschreibt, als eine Beweiseinrede zu betrachten."

Die Thatsachen, auf welche die betrügliche Erschleichung der Urkunde gestützt wird, müssen ꝛc. für genügend

erachtet werden, um einen die Richtigkeit des betreffenden Willensaktes wirkenden Betrug im Sinne des L.R.S. 1116 zu begründen. Wenn unter Bezug auf L.R.S. 1148a geltend gemacht wurde, daß Beklagter, falls seine Behauptungen über das Zustandekommen der Urkunde wahr seien, durch eigene Unvorsicht dieses Zustandekommen ermöglicht habe, so ist dies Vorbringen um deßwillen unerheblich, weil der Vorwurf der Arglist durch Berufung auf die Unvorsicht desjenigen, gegen welchen die Arglist gerichtet war, nicht beseitigt werden kann, wie nach allgemeinen, offenbar auch vom Landrechte anerkannten Rechtsgrundsätzen (vergl. L.R.S.S. 1109. 1116. 1131. 1133. 1134) feststeht. Dem Beweise der fraglichen Einwendung durch Eideszuschiebung steht nichts entgegen. Auf den L.R.S. 1360a und den §. 526 der Pr.O. kann die Unzulässigkeit der Eideszuschiebung nicht gestützt werden; indem diese letzere keineswegs gegen den Inhalt der vollbeweisenden Urkunde gerichtet ist, vielmehr nur die Art des Zustandekommens der Urkunde zum Gegenstande hat. Der §. 525 der Pr.O. gestattet ausdrücklich die Eideszuschiebung über unerlaubte Handlungen und Verbrechen, insoferne daraus abgeleitete privatrechtliche Befugnisse verfolgt werden.

Die offenbar rechtlich erhebliche Behauptung, es habe Kläger, da es aus Versehen unterlassen worden, die Hofraithe und den Garten in die Kaufurkunde vom 14. Oktober 1866 als mit dem Hause verkauft aufzunehmen, auf Anstehen des Johann Boppel und des Anton Krill diesen Personen nach Ausfertigung gedachter Urkunde erklärt, daß auch die Hofraithe und der Garten mitverkauft und bei der Protocollirung des Kaufvertrags ebenfalls auf den Namen der Boppel'schen Eheleute einzutragen seien, kann durch Eideszuschiebung erwiesen werden, indem letztere nur eine der schriftlichen Aufzeichnung des Kaufvertrages nachgefolgte, im Wege weiterer, mündlicher Uebereinkunft bewirkte Berichtigung und Ergänzung des schriftlich beurkundeten Inhalts dieses Vertrages bezüglich des Kaufgegenstandes betrifft, somit nicht gegen den Inhalt der vollbeweisenden Urkunde gerichtet ist und demzufolge auch nicht gegen die Vorschriften des L.R.S. 1360a und des Pr.O. §. 526 verstößt. Wenn man sich klägerischer Seits darüber beschwert, daß der in der Appelationsvernehmlassung als Zeuge vorgeschlagene Lehrer Brand, welcher der Verhandlung über den fraglichen Kauf bis zu Ende angewohnt habe und bestätigen könne, daß die dem Kläger auf den Eid gegebene Erklärung in Wahrheit nicht erfolgt sei, nicht vernommen worden, so zerfällt diese Beschwerde dadurch, daß nach L.R.S. 1341 der Zeugenbeweis hier als unzulässig erscheint. — Die Behauptung, es sei Kläger bei Abschluß des Kaufvertrags vom 14. Oktober 1866 mit Johann Boppel dahin übereingekommen, daß die Kaufgegenstände sofort nach erlangter Gewährung mit den Gütern der Boppel'schen Ehefrau wieder zu verpfänden seien, und daß dem Kläger das aus dem Darleihen vom 17. Juli 1866 herrührende Guthaben von 100 fl. nebst Zinsen aus dem aufzunehmenden Capitale bezahlt werden solle, ist rechtlich von Erheblichkeit, indem, wenn sie erwiesen wird, das durch die Urkunde vom 17. Juli 1866 für die Rückzahlung gedachter 100 fl. sammt Zinsen auf Michaeli 1866 festgesetzte Verfallziel (L.R.S. 1185) auf einen vorerst noch unbestimmten Zeitpunkt hinausgerückt wird. Die Bestimmung des L.R.S. 1174, wonach eine Verbindlichkeit, die unter einer Bedingung übernommen wird, welche allein von der Willkür des Uebernehmenden abhängt, nichtig ist, kann gegen das behauptete Geding mit Grund nicht geltend gemacht werden, indem in Folge eben dieses Gedinges immerhin eine rechtliche Verbindlichkeit des Schuldners zur Verwirklichung der Thatsachen besteht, auf deren Eintritt das Verfallziel hinausgerückt sein soll. Gegen die Eideszuschiebung als Beweismittel für die fragliche Behauptung kann nichts eingewendet werden. Die Beschwerde, daß nicht auch über diese Behauptung Lehrer Brand als Zeuge einvernommen worden, ist unbegründet, weil auch hier gemäß L.R.S. 1341 der Zeugenbeweis als unzulässig sich darstellt. Red.

160.

Der zweite Absatz des §. 1099 der Pr.O. über die Anschließung bei gehäuften Klagen ist auch auf Widerklagen anwendbar.

Die Appellation ist auch bei mangelnder Summe gegen ein Urtheil statthaft, in dessen Gründen im Widerspruch mit dem Acteninhalt (§. 995. 1002—1006) behauptet ist, eine von dem un-

terliegenden Beklagten vorgetragene Einrede sei nicht vorgeschützt.

In Sachen

des Papierfabrikanten Ignatz Köhler in Oberkirch, Klägers, Widerbeklagten, Appellaten Coappellaten, Oberappellanten

gegen

den Freiherrn Hannibal von Schauenburg von da, Beklagten, Widerkläger, Appellanten, Coappellaten, Oberappellaten, Wegrecht und Benützung eines Brunnens betr.,

hatte der Beklagte, Widerkläger, gegen die Entscheidung über die Vorklage die Oberappellation angezeigt, dieselbe aber nicht ausgeführt, der Kläger, Widerbeklagte, dagegen das Rechtsmittel gegen die, in beiden vordern Instanzen gleiche, Entscheidung über die Widerklage, ohne es angezeigt zu haben, ausgeführt, obschon er zugeben mußte, daß der Gegenstand der Widerklage auf nur 800 fl. geschätzt sei. Bei dem hieraus sich ergebenden Mangel der nach §. 1151 der Pr.O. erforderlichen Oberappellationssumme hatte er jedoch für die Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht nur auf §. 1106 Ziff. 3 und 4 in Verbindung mit §. 1108 der Pr.O., sondern auch auf die §§. 1099. 1134 der Pr.O. sich berufen.

Die Entscheidungsgründe zum oberhofg. Urtheil vom 22. Okt. 1868 sprechen sich hierüber — wie folgt — aus:

„Das Anschließungsrecht, von dem der Kläger, Widerbeklagte, Gebrauch machen will, ist nicht begründet, weil nach dem zweiten Absatz des §. 1099 der Pr.O. (womit der Commissionsbericht der II. Kammer zu §. 1106 des Entwurfs zu vergleichen ist) durch die Anzeige der Oberappellation gegen das Urtheil über die Klage die Entscheidung über die Widerklage nicht in Frage gestellt wird, daher durch die Anmeldung des Rechtsmittels gegen die Entscheidung über die Vorklage kein Anschließungsrecht bezüglich der von dem Beklagten erhobenen anderen Klage erwächst.

Die Widerklage ist zwar in §. 1099 Abs. 2 der Pr.O. nicht besonders erwähnt, aber wenn dort zwischen einzelnen Klagen, die der Kläger miteinander verbindet, unterschieden ist, so muß dies mit der Widerklage, die auch als eine vom Beklagten mit der des Klägers gehäufte Klage angesehen werden kann, ebenso gehalten werden.

Wetzel, System des Civilprozesses 2. Auflage §. 63 S. 765. 767.

Die Oberappellation des Widerbeklagten ist daher nur als selbstständiges Rechtsmittel, vorausgesetzt, daß es, obschon die vorgeschriebene Summe fehlt, ausnahmsweise doch zulässig ist, in's Auge zu fassen ꝛc.

Dagegen ist es allerdings richtig, daß der Kläger Widerbeklagte, der Einrede des Miteigenthums in der Appellationsbeschwerde auch die einer Dienstgerechtigkeit nachgeschoben und sein Anwalt in der Schlußverhandlung vom 11. Februar d. J., wie das Protokoll besagt, seinen mündlichen Vortrag nach Maaßgabe der vorbereitenden Schrift gehalten hat; also ist die Ausführung in den Entscheidungsgründen des Appellationssenats, daß nur die Einrede des Miteigenthums vorgeschützt sei, nicht richtig. Nach der jetzigen Fassung der Ziff. 4 des §. 1106 der Pr.O. liegt, wie aus den Motiven zu §. 1113 des Gesetzentwurfs erhellt, allerdings in diesem Widerspruch der Entscheidungsgründe zu dem, dem Widerbeklagten ungünstigen, Urtheil mit dem schriftlichen Inhalt der Verhandlungen, eine Beschwerde für den Widerbeklagten, zu deren Abwendung der §. 1106. 1108 der Pr.O. ihm ein Rechtsmittel selbst bei'm Mangel der Ordinationssumme gestattet.

Allein das hiernach zulässige Rechtsmittel erscheint deßhalb als unbegründet, weil der Erwerb der Dienstbarkeit aus Handlungen abgeleitet wird, die zur Zeit, als die früher mit den Miterben vereinbarte Gemeinschaft am Brunnen noch bestand, auf Grund derselben vorgenommen wurden, während diese Gemeinschaft laut des nach §. 1107 der Pr.O. von dem Rechtsmittel nicht in Frage gestellten Inhalts der Entscheidungsgründe des Appellationssenats durch den Verkauf des Anwesens des Widerklägers an dessen Rechtsvorfahren erloschen ist. Soweit aber der Widerbeklagte auf die Thatsache sich beruft, daß die Quelle, welche das Wasser zum fraglichen Brunnen liefert, auf seinem Eigenthum entspringt und auf das des Widerklägers herübergeleitet werde, stellt er sein Eigenthum als belastet dar, kann also Ansprüche auf ein Mitbenützungsrecht am Brunnen des Widerklägers daraus nicht ableiten. Red.

161.

Bei Schätzungen entscheidet die absolute Majorität der Sachverständigen.

§. 504 der Pr.O.

In Sachen

des Pfarrers G. F. Haag auf dem Sper-

lingshof bei Wilferdingen, Klägers, Appellaten, Oberappellaten,

gegen

den Ziegler Philipp Rebmann von Wilferdingen, Beklagten, Appellanten, Oberappellanten,

Forderung betr.,

erachtete sich der Beklagte für beschwert, daß der Appellationssenat das von den ernannten drei Sachverständigen am 26. Juli 1867 erstattete Gutachten, wonach der Werth des Realwirthschaftsrechts, für welches der Beklagte nach Ziff. 1 des oberhofgerichtlichen Urtheils vom 7. Januar 1866 dem Kläger Entschädigung zu leisten hat, einstimmig auf 1200 fl. geschätzt wurde, seiner Entscheidung in dem vorliegenden Liquidationsverfahren zum Grunde gelegt und das **nachträgliche** Sondergutachten des einen Sachverständigen, Altkronenwirth Aydt, sowie das in erster Instanz eingeholte weitere Gutachten des Gastwirths Friedrich, in welch beiden jener Werth nur zu 500 fl. taxirt wurde, unberücksichtigt gelassen hat.

Diese Beschwerde erschien aber dem großh. Oberhofgericht nicht als begründet, welches zu seinem Urtheil vom 15. Oktober 1868 ausführte:

„Abgesehen davon, ob dem in dem nachträglich abgegebenen Sondergutachten Aydt's enthaltenen Widerruf seiner Zustimmung zu dem, von den Sachverständigen nach vorgängiger Berathung einstimmig abgegebenen, Gutachten überhaupt irgend Gewicht beigelegt werden könnte, sind in dem vorliegenden Falle nicht die Bestimmungen der §§. 502 und 503, sondern die des §. 504 der Pr.O. entscheidend. Bezüglich der Frage, ob der Richter, wenn die Gutachten mehrerer Sachverständigen von einander abweichen, an die Meinung der Mehrheit gebunden oder unter Würdigung der Gründe der sich gegenüber stehenden Meinungen nach seinem eigenen Ermessen der einen oder andern den Vorzug zu geben berechtigt ist, unterscheidet nämlich die Prozeßordnung — in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht, zwischen Gutachten qualitativen und quantitativen Inhalts. Von den Gutachten der ersteren Art handeln die §§. 502 und 503 und ist darnach, insoweit die Prüfung derselben auch ohne technische Kenntnisse möglich ist, dem Richter die Befugniß eingeräumt, der für besser erachteten Begründung den Vorzug zu geben. Von Gutachten der zweiten Art, den Schätzungen, spricht dagegen §. 504 und enthält hier, von der Unterstellung ausgehend, daß bei Schätzungen technische Kenntnisse unerläßlich sind, auch der Natur der Sache nach eine ausführliche und specielle Motivirung derselben nicht wohl möglich ist, vielmehr hiebei das subjective Ermessen der Sachverständigen entscheiden muß, — grundsätzlich die Bestimmung, daß bei Schätzungen der Richter an die absolute Majorität gebunden ist, welche — wenn sie nicht sofort vorliegt — in der vom Gesetze vorgeschriebenen Weise zu finden ist. In dem gegenwärtigen Falle handelt es sich nun um eine Schätzung; wenn daher auch einer der drei Schätzer, Altkronenwirth Aydt, seinen Beitritt zu der ursprünglichen Schätzung vom 26. Juli 1867 in gültiger Weise wieder zurückgenommen hätte, so liegt immerhin noch eine Uebereinstimmung der beiden andern Schätzer, demnach eine absolute Mehrheit dafür vor, daß das dem Kläger im Dezember 1862 verkaufte Realwirthschaftsrecht im Jahr 1864 einen Werth von 1200 fl. hatte, weßhalb diese Schätzung zumal dieselbe, wenn auch nicht in ausführlicher Weise — doch hinreichend motivirt wurde, von dem Appellationssenat mit Recht für die allein maaßgebende angenommen und die Erhebung eines weiteren Gutachtens von Gastwirth Friederich für unstatthaft erachtet worden ist.“ Red.

162.

Entscheidungen über Wässerungsstreitigkeiten durch die Verwaltungsgerichte.

In der Sitzung des großh. Verwaltungsgerichtshofs vom 27. Oktober 1868 wurde über eine Einsprache gegen die Errichtung eines Wasserwerks verhandelt und entschieden. Der Uhrmacher Joseph Rimprecht von Triberg hatte im Jahr 1865 bei dem Bezirksamt die Anzeige gemacht, daß er das von seinem Vater käuflich an sich gebrachte Haus abbrechen und einen Neubau an dessen Stelle herstellen wolle, in welchem er die von jeher auf dem Haus ruhende Wasserkraft auf die aus dem vorgelegten Plan ersichtliche Weise zu benützen beabsichtige. Nachdem auf ordnungsmäßige Verkündigung von keiner Seite eine Einsprache erhoben wurde, erklärte der Bezirksrath als Verwaltungsbehörde das Vorhaben für unbeanstandet. Im Jahr 1867 machte der Nachbar Christian Tränkle eine Vorlage, wornach er dasselbe

Wasser,*) welches Joseph Rimprecht benützt, zu einer von ihm neu angelegten Messingstampfe und Fabrik von Gußwaaren (Uhrenbestandtheilen) in einer Weise zu verwenden beabsichtigt, wodurch dasselbe dem Joseph Rimprecht ganz entzogen wurde. Dagegen erhob nun Letzterer Einsprache und verlangte, daß Tränkle in der Benützung des Wassers so weit beschränkt werde, als es nöthig sei, damit die seinige daneben bestehen könne. Der Bezirksrath als Verwaltungsgericht erkannte nach diesem Antrag mit der Modifikation, daß Rimbrecht eine von der technischen Behörde im Interesse größerer Wassersparung vorgeschlagene Aenderung an seinem Wasserwerk vornehme. Hiergegen rekurrirte Tränkle, indem er sich darauf berief, daß er Eigenthümer des Grund und Bodens sei, auf welchem der fragliche Wasserkanal**) liege, und daß er daher nach L.R.S. 640 ff. berechtigt sei, das seinem Grundstück zufließende Wasser beliebig zu benützen. Der großh. Verwaltungsgerichtshof bestätigte das bezirksräthliche Erkenntniß mit dem Zusatz, daß dem Christian Tränkle seine etwaigen civilrechtlichen Ansprüche zum Austrag vor dem bürgerlichen Richter vorbehalten bleiben. Diese Entscheidung beruhte auf der Erwägung, daß Rimprecht in der Ausübung der ihm durch die Unbeanstandeterklärung seines Wasserwerkes zu Theil gewordenen Berechtigung nach Art. 10 — 14 des Gewerbegesetzes insolange zu schützen ist, als nicht Tränkle durch die gerichtliche Verfolgung seiner behaupteten civilrechtlichen Ansprüche die Ausschließung des Ersteren von der Wasserbenützung bewirkt hat. (Art. 14 cit.) K.Ztg. 1868 No. 259.

In der Sitzung des großh. Verwaltungsgerichtshofs vom 16. Oktober 1868 war eine Einsprache mehrerer Müller an dem Angelbach gegen die von der Grundherrschaft von Gemmingen beabsichtigte Einrichtung einer Wiesenwässerung auf dem Hohenharder Hof (Gemeinde Baierthal) insofern anders verbeschieden worden, als auch der aus Gründen des Civilrechts über die Ausschließlichkeit der Wasserbenützung geführte Streit mit in den Bereich des verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses gezogen wurde. Die Einsprachskläger bestritten nämlich in erster Linie überhaupt jede Berechtigung der beklagten Grundherrschaft zur Benützung des Wassers aus der Angelbach, wodurch ihre schon längst bestehenden Mühlen beeinträchtigt werden könnten, und bekämpften in zweiter Linie den von der Grundherrschaft vorgelegten Wässerungsplan. Der Bezirksrath Wiesloch erkannte als Verwaltungsgericht, daß das Vorhaben der Grundherrschaft von Gemmingen unter gewissen im Erkenntniß ausdrücklich festgesetzten Bedingungen für unbeanstandet erklärt werde. Gegen dieses Erkenntniß rekurrirten die Einsprachskläger. Im Laufe der Rekursverhandlungen wurde, im Wesentlichen nach dem eventuellen Vorschlage der Kläger selbst, ein neues Projekt für die Wässerungseinrichtung in Anregung gebracht, welches die Grundherrschaft mit einigen Modificationen adoptirte. Der Widerspruch der Kläger gegen dieses Projekt beschränkte sich auf zwei Punkte, nämlich die Bestimmung der Wässerungszeit und die Höhenlage der Sohle des Wässerungsgrabens, während die prinzipielle Einsprache gegen jede Wässerung überhaupt aufrecht erhalten wurde.

Der großh. Verwaltungsgerichtshof hob das bezirksräthliche Erkenntniß, soweit es eine Unbeanstandeterklärung des Wässerungsprojektes ausspricht, als unzuständig erlassen auf, da eine solche Erklärung nur der Polizeibehörde zustehe; insoweit dasselbe aber zugleich eine Entscheidung über die streitigen Rechtsansprüche enthält, wurde es dahin theils bestätigt, theils abgeändert, daß der von den Klägern erhobene Anspruch auf ausschließliche Benützung des Wassers der Angelbach, sowie ihre Einsprache gegen das neue Projekt, bezüglich der Wässerungszeit und der Höhenlage der Sohle des Wässerungsgrabens als unbegründet verworfen werde. Was den letztern Punkt betrifft, verlangte die Grundherrschaft, daß die Sohle des Einlaßgrabens auf das gleiche Niveau mit der Sohle des Baches gelegt werde, während die Kläger behaupteten, daß bei solcher Einrichtung die Wässerung leicht zu ihrem Nachtheil mißbraucht werden könnte, und deßhalb eine Höherlegung der Sohle des Einlaßgrabens um einen Schuh begehrten. Der Gerichtshof ging davon aus, daß die Möglichkeit eines Mißbrauchs das Recht zum Gebrauch nicht aufhebe und gegen jenen auf polizeilichem Weg eingeschritten werden könne. Die Bestimmung der Wässerungszeiten beruhe auf den erhobenen technischen Gutachten. Das Recht

*) Was für ein Wasser?

**) S. Annalen 1864 Ziff. 74 S. 154.

der Grundherrschaft auf die Benützung des Wassers der Angelbach behufs der Wiesenwässerung wurde aus dem Umstand, daß dieselbe auf beiden Seiten des Baches mit ihrem Eigenthum anstößt, und aus den bekannten Bestimmungen des Landrechts abgeleitet, während die Kläger ihrerseits eine ausschließliche Berechtigung nicht hatten nachweisen können.

K. Ztg. 1868 No. 247.

In der Sitzung des großh. Verwaltungsgerichtshofs vom 20. Oktober 1868 war ein Fall zur Verhandlung gekommen, der die Benützung des Wassers aus dem Sandbach zur Wiesenwässerung auf den Gemarkungen Steinbach und Weitenung zum Gegenstand hatte.

Der Sandbach (so heißt die Büllot von ihrem Eintritt in die Rheinebene an) war seit alten Zeiten auf den Gemarkungen der Gemeinden Kappelwindeck, Bühl, Oberweier, Vimbuch, Steinbach und Weitenung durch seine viele Krümmungen und verfallenen Ufer in einem so schlimmen Zustand, daß nicht nur von einer regelmäßigen Benützung seines Wassers zur Kultur des anstoßenden etwa 716 Morgen großen Wiesengeländes keine Rede sein konnte, sondern auch bei eintretendem Hochwasser große Verheerungen durch Ueberschwemmung angerichtet wurden. Schon in den 80er Jahren des vorigen Jahrhunderts wurden nach einem von Leutenant C. Vierordt entworfenen Plan Arbeiten zum Zweck der Rektification des Sandbaches und der Einrichtung einer Wässerung der daran gelegenen Wiesen vorgenommen. Allein dieselben geriethen in den darauffolgenden Kriegsjahren in's Stocken und in gänzlichen Verfall, so daß bald wieder der alte verwahrloste Zustand vorhanden und den Wiesen durch die Verschüttung der Sandbach die Wässerung völlig entzogen war. So blieb es im Wesentlichen, bis es endlich im Jahr 1858 gelang, unter den betheiligten Gemeinden eine Vereinbarung über die Ausführung der Sandbach-Rektification zu Stande zu bringen, wobei auch die gleichzeitige Herstellung einer gemeinschaftlichen Wässerungseinrichtung in Aussicht genommen wurde. Die Ausführung beschränkte sich jedoch zunächst auf die Rektification des Bachbettes und auf die Herstellung der Hauptzuleitungsschleußen. Als hierauf die Erlassung einer gemeinsamen Wässerungsordnung für sämmtliche sechs Gemeinden betrieben wurde, bildeten die Wiesenbesitzer auf den vier oberen Gemarkungen Kappel, Bühl, Oberweier und Vimbuch unter sich eine Genossenschaft zum Zweck der Einrichtung und Handhabung einer gemeinschaftlichen Wiesenwässerung und erließen mit amtlicher Genehmigung eine Wässerungsordnung.

Nun bringt es aber die Lage mit sich, daß das Wasser, welches auf den vier oben gelegenen Gemarkungen zur Wiesenwässerung benützt wird, rechts in den Riedgraben und links in den Vimbucher Dorfbach oder Rohrgraben fließt und durch diese erst beim Dorf Weitenung in das Bett der Sandbach zurückgeleitet wird, so daß es für die oberhalb diesem Punkt gelegenen 108 Morgen Wiesen auf Weitenunger und Steinbacher Gemarkung verloren geht und die letzteren auf das selten vorkommende Ueberwasser und auf das Abwasser von etwa 30 Morgen Wiesen beschränkt sind. Durch diese Entziehung des Wassers sind die Wiesenbesitzer in Steinbach und Weitenung benachtheiligt und haben ein Interesse daran, daß sie nach Verhältniß ihres Wiesencomplexes an dem Wasser der Sandbach Theil haben, was etwa durch eine entsprechende Bestimmung der Wässerungszeit für die sämmtlichen sechs Gemarkungen geschehen könnte. Um diesen Zweck zu erreichen, stellten, nachdem weitläufige frühere administrative Verhandlungen ohne Ergebniß geblieben waren, die Gemeinden Steinbach und Weitenung jetzt das Begehren, daß eine Bewässerungs- und Entwässerungsordnung durch das Bezirksamt, unter Zuweisung gleicher Rechte an die Gemeinden Steinbach und Weitenung, wie an die andern vier Gemeinden erlassen werden solle. Das Bezirksamt Bühl hielt den Gegenstand für einen verwaltungsgerichtlichen und brachte ihn zur Entscheidung vor den Bezirksrath. In der Schlußverhandlung änderten die Vertreter der Gemeinden Steinbach und Weitenung das frühere Begehren ab, indem sie jetzt Aufnahme in die Genossenschaft der Wiesenbesitzer der obern Gemarkungen und gleiches Wasser wie diese verlangten. Der Bezirksrath Bühl erkannte als Verwaltungsgericht, daß die Wiesenbesitzer von Steinbach und Weitenung mit ihren Ansprüchen auf Eintritt in den Wässerungsverband Kappel, Bühl, Oberweier und Vimbuch zum Behuf gleicher Wasserbenützung aus dem Sandbach zur Bewässerung ihrer Wiesen abgewiesen werden. Gegen dieses Erkenntniß rekurrirten die Ge-

meinden Steinbach und Weitenung, indem sie das frühere Begehren um Erlassung einer gemeinschaftlichen Wässerungsordnung für alle sechs Gemeinden wiederholen.

Der großh. Verwaltungsgerichtshof hob das bezirksräthliche Erkenntniß als nichtig auf, weil darin die Wiesenbesitzer mit ihren Ansprüchen abgewiesen werden, während diese doch in dem Verfahren gar nicht aufgetreten und die aufgetretenen Gemeinden nicht legitimirt waren, dieselben, da wo es sich um deren Rechtsansprüche handelt, zu vertreten. Zugleich wies aber der Gerichtshof die Gemeinden Steinbach und Weitenung mit ihrem in der Rekursinstanz allein aufrecht erhaltenen Begehren der Erlassung einer gemeinschaftlichen Wässerungsordnung als nicht vor die Verwaltungsgerichte gehörig ab, da hiezu nur die Polizeibehörden zuständig sein könnten. K. Ztg. 1868 No. 252.

163.

Entscheidung des großh. Verwaltungsgerichtshof für die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte.

Im Jahr 1833 kauften die Gemeinden Krumbach und Biethingen gemeinschaftlich eine Feuerspritze um die Summe von 811 fl. An dem auf die Gemeinde Biethingen fallenden Kostenbetrag nahm auch der zu letzterer gehörige Nebenort Hölzle, welcher eigene Gemarkung und eigenes Vermögen hat, nach Verhältniß seines Häusersteuerkapitals zu jenem von Biethingen Theil. Im Jahr 1866 wurde die Gemeinschaft von Krumbach und Biethingen an der Feuerspritze aufgelöst, die Gemeinde Krumbach übernahm diese allein um den Steigerungspreis von 680 fl., und zahlte der Gemeinde Biethingen die Hälfte mit 340 fl. heraus, welche in die Ortskasse Biethingen flossen. Der Ort Biethingen kaufte sich hierauf eine eigene Feuerspritze Eine gegen den Nebenort Hölzle gerichtete Klage auf Leistung eines Beitrags zu den Kosten dieser Anschaffung wurde durch bezirksräthliches Erkenntniß verworfen, weil Hölzle inzwischen für sein Feuerlöschbedürfniß selbst gesorgt hatte.

Der Ort Hölzle erhob nun Anspruch auf einen entsprechenden Theil an dem Kaufschilling von 340 fl. für die Spritze, welche er mitangeschafft habe, und an welcher ihm daher auch Miteigenthumsrechte zugestanden seien.

Der Bezirksrath Meßkirch verwarf die Klage, weil jener Erlös zur Anschaffung einer neuen Spritze habe verwendet werden müssen. Der großh. Verwaltungsgerichtshof hob am 2. Oktober 1868 dieses Erkenntniß nach dem Antrage des Vertreters des Staatsinteresses als unzuständig erlassen auf, da die geltend gemachten, aus dem Miteigenthum und dem Gesellschaftverhältniß abgeleiteten Ansprüche lediglich privatrechtlicher Natur seien und sich daher nicht vor das Forum der Verwaltungsgerichte eignen.

K. Ztg. 1868 No. 244.

164.

Der Nutznießer darf die vom Eigenthümer begonnene Ausbeutung von Grundstücken durch Sand und Kiesgraben fortsetzen, auch den dabei gewonnenen Lehm verwerthen.

L.R.S. 598 (1403.)
Brauer Erläuterungen Bd. 6 No. 290 zu 2 S. 710 ff.
Zachariä, §. 227 Note 12 Bd. II. S. 14.
von Holzschuher, §. 116 zu 4c Bd. II. S. 412.

In Sachen
des Franz Ackenheil in Oos, Klägers, Appellanten, Oberappellanten
gegen
Paul Schück allda, Beklagten, Appellaten, Oberappellaten,
Entschädigung betreffend.

Es ist unbestritten, daß auf den beiden fraglichen Rebstücken, ehe sie durch den am 15. Dezember 1862 erfolgten Tod der Ehefrau des Beklagten in das Eigenthum der beiden Kinder desselben übergingen, Sand- und Kiesgruben eröffnet waren, deren Ausbeutung durch einen Vertrag vom Jahr 1861 dem Kläger überlassen war.

Am 14. November 1864 schlossen beide Theile einen Vertrag, daß der Kläger aus dem daraus gewonnenen Lehm Ziegel brenne; später verkaufte aber der Beklagte die Grundstücke an Johann Reuthauer. Diesen belangte Kläger erfolglos auf Räumung derselben, als seiner Pachtobjekte. Hierauf erhob er gegen den Verpächter eine Klage auf Entschädigung, welche Klage in erster

und zweiter Instanz abgewiesen wurde. Auf die von dem Kläger ergriffene Oberappellation wurde aber von großh. Oberhofgerichte am 8. Oktober 1868 zu Recht erkannt:

Die Urtheile der beiden vordern Instanzen seien dahin abzuändern:

Es sei der Beklagte für schuldig zu erklären, dem Kläger den ihm wegen Nichterfüllung des mit demselben am 14. November 1864 abgeschlossenen Vertrages zugegangenen Schaden, sowie die Kosten, welche ihm durch den Rechtsstreit mit Johann Neutbauer wegen Räumung der Pachtobjecte entstanden — vorbehaltlich der Liquidation — zu ersetzen.

Die Kosten der ersten und zweiten Instanz werden wettgeschlagen, die Kosten der dritten Instanz hat der Beklagte zu tragen.

Entscheidungsgründe

Bis zu dem Tode seiner Ehefrau hatte der Beklagte über jene Grundstücke als Herr der Gemeinschaft allein beziehw. unter Zustimmung seiner Ehefrau zu verfügen, von da an hatte er hievon nach L.R.S. 384 das elterliche Nutznießungsrecht. Wie nun dem Nutznießer nach L.R.S. 598 der Nießbrauch an Bergwerken und Steinbrüchen, die beim Anfall der Nutznießung in wirklichem Betrieb sind, zusteht, so muß dem Beklagten vermöge dieses Rechts die Nutzung bereits in Betrieb befindlicher Sand- und Kiesgruben, deren Ausbeutung nach den gleichen Grundsätzen zu beurtheilen, gestattet sein, wobei der sich ergebende Lehm von der Gewinnung nicht ausgeschlossen sein kann, sowie auch die in der Vertragsurkunde vom 14. November 1864 zugestandene Feldbrennerei zur Verarbeitung des gewonnenen Materials eingeräumt werden durfte.

Dieses Recht konnte Kläger entweder selbst ausüben oder nach L.R.S. 595 einem Andern übertragen.

Daß durch diese Art der Nutzung ein Theil des Grundes und Bodens aufgezehrt wird und nach Erschöpfung dieser Benutzungsart der Eigenthümer der fraglichen Grundstücke diese in anderer Weise ertragsfähig zu machen suchen muß, steht dem Rechte des Nutznießers nicht entgegen, da sich dieses nach den L.R.S.S. 578. 598. 600 auf die Benützungsart erstreckt, welche der Eigenthümer dem diesem Rechte unterworfenen Gegenstand zuvor gegeben hatte, und es handelt daher der Nutznießer innerhalb der Schranken seines Rechts, wenn er diese Bestimmung und Benützung beibehält. Der am 14. November 1864 unter den Parteien abgeschlossene Vertrag besteht mithin mit voller Rechtsgiltigkeit, und da die darin dem Kläger zugesagte Benützung der beiden Rebstücke durch die Veräußerung derselben unmöglich gemacht wurde, so ist ihm der Beklagte dafür zur Entschädigung verpflichtet, bestehend nicht nur in dem Betrage des entgangenen Gewinnes wegen Nichtvollzugs des Vertrags, sondern auch im Betrage der Prozeßkosten, welche dem Kläger durch Führung des Rechtsstreites entstanden sind, den er mit dem neuen Erwerber der Rebstücke wegen Räumung derselben zu führen hatte.

Die gegen die Klage geltend gemachten Einwendungen stellen sich, soweit sie noch aufrecht erhalten werden, als ungegründet dar. Die Einrede des eigenen Verschuldens des Klägers, die daraus entnommen wird, weil dieser nach L.R.Z.S. 1 b die Ungiltigkeit des Vertrags vom 14. November 1864 kennen mußte, sowie die Einrede der Erlöschung der Nutznießung durch Mißbrauch L.R.S. 618, weil durch die Ueberlassung der Grundstücke zu dem angeführten Zwecke und durch deren Benützung in diesem Umfange dieselben dem Verderben verfallen seien, erscheinen als hinfällig, da nach Obigem der Vertrag rechtsgiltig ist, und daher auch im Vollzug desselben innerhalb der von ihm festgesetzten Schranken kein Rechtsmißbrauch enthalten sein kann. Endlich ist die Einrede, der Kläger selbst habe den Vertrag vom 14. November 1864 nicht erfüllt, indem er den Pachtzins pro Martini 1865/1866 noch nicht bezahlt, deßhalb unbegründet, weil dem Kläger nicht zugemuthet werden konnte, zur Zeit, da ihm bereits die Benutzung der Grundstücke bleibend entzogen und dafür an den Beklagten eine Entschädigungsforderung erwachsen war, noch Pachtzins zu bezahlen, der Beklagte daher durch diesen von ihm selbst herbeigeführten Umstand nicht von der Entschädigungspflicht wegen des durch seine Nichterfüllung herbeigeführten Schadens befreit werden konnte.

Der Kläger, welcher in den früheren Instanzen als Entschädigung für den entgangenen Gewinn die exorbitante Summe von 3000 fl. verlangte, hat in III. Instanz diesen Theil jenes Klagbegehrens fallen lassen und nur noch die allgemeine Frage der Entschädigungspflicht des Beklagten der gerichtlichen Entscheidung unterstellt, und diesem beschränkten Begehren mußte, wie geschehen, entsprochen werden. Daßelbe hat aber bezüglich des Kostenpunkts die Folge, daß die Kosten der Vorderin-

stanzen, wo auch noch die Größe der Entschädigung einen Gegenstand des Streits bildete, verhältnißmäßig getheilt wurden; dagegen waren die Kosten des dritten Rechtszuges, wo der Beklagte gegenüber dem allein noch verfolgten Rechtsanspruch unterlegen ist, auch ihm allein zuzuscheiden. Red.

165.

Schenkungen, welche unter der Form eines belasteten Rechtsgeschäftes erfolgen, sind gültig, wenn nur die Form des Letzteren gewahrt ist. L.R.S. 931.

Vergl. Annalen XXXIV. No. 54.

Die in unserer Mittheilung in No. 29 des Bandes XXXIV. entwickelte Auffassung der verschleierten Schenkung hat ihre Bestätigung in einer neuerlichen Entscheidung des Kassationshofes zu Paris vom 4. December 1867 gefunden. Herr von Vars, welcher in den Jahren 1847 und 1852 zu Gunsten seiner beiden Töchter Schenkungen im Voraus (en avancement d'hoirie) im Ehevertrag anläßlich deren Verheirathung vorgenommen hatte, ließ 1854 ohne Mitwirkung der Töchter seine Verpflichtung aus jenen Verträgen zum Pfandbuch eintragen. Als dann eine Zwangsversteigerung der Güter des Vars eintrat und die beiden Töchter nach dem Alter des Eintrags locirt wurden, haben einige Gläubiger diese Location aus dem Grunde bestritten, weil es sich um eine Schenkung handle und keine Annahme derselben in öffentlicher Urkunde vorliege. Allein das Begehren der Gläubiger wurde in allen Instanzen zurückgewiesen, vom Kassationshofe aus folgenden Gründen:

„In Erwägung, daß, wenn auch die aus der eingeräumten Hypothek sich ergebende Sicherheit als Freigebigkeitshandlung sich darstellt, daraus noch keineswegs folgt, daß jene Sicherung unter Beobachtung der für die Annahme der Schenkungen unter Lebenden vorgeschriebenen Formen angenommen werden mußte;

„in Erw., daß kein Zweifel darüber besteht, daß die indirekten oder in die Form belasteter Verträge gekleideten Freigebigkeiten bezüglich der Form nur den Regeln unterworfen sind, welche das Gesetz für die Verträge, deren Gestalt sie tragen, kennt;

„in Erw., daß Vars ebenso gut, wie er ohne die Form der Schenkung zu beobachten, bei seinen Lebzeiten seinen Töchtern einen weit größeren Vortheil als den durch die Unterpfandsbestellung erzielten, durch Auszahlung der erst auf seinen Tod schuldigen Beträge hätte zuwenden können, denselben den geringeren Vortheil der Hypothek zuwenden konnte, ohne sich an die Formen für Schenkungen zu halten, wenn er sich nur an die für die Bestellung des Unterpfands geltende Form hielt."

Sirey, recueil général 1868 I. p. 252.

Heinsheimer.

166.

Die Klage gegen den Gemeinderath auf Ausfolgung der Pachtzinse für ein Almendstück des Klägers gehört vor die Verwaltungsgerichte.

In der Sitzung des großh. Verwaltungsgerichtshofs vom 30. Okt. 1868 erließ dieser folgende Entscheidung, welche zur Ergänzung der oben unter Ziff. 69 auf Seite 144 mitgetheilten dient.

Die Beschwerde des Phillipp Schächter von Hemsbach gegen den Gemeinderath daselbst wegen Entziehung des Bürgernutzens, hatte der Bezirksrath Weinheim schon früher als nicht vor die Verwaltungsgerichte, sondern vor die Verwaltungsbehörde gehörig zurückgewiesen. Weil nämlich die Gemeinde die Almendstücke des Beschwerdeführers, beziehungsweise den fälligen Pachtzins daraus an sich gezogen hatte, um sich dadurch für die Kosten der in der Heil- und Pfleganstalt Illenau auf Rechnung der Gemeinde verpflegten Ehefrau desselben schadlos zu halten, so nahm der Bezirksrath an, daß es sich eigentlich um das Maaß der Unterstützung der klägerischen Ehefrau durch die Gemeinde handle. Der großh. Verwaltungsgerichtshof hob jenes Erkenntniß auf und wies den Bezirksrath an, in der Sache zu verhandeln und zu entscheiden, da die streitige Frage nur die sei, ob der Gemeinderath dem Kläger den Almendgenuß mit Recht entzogen habe. Im Verlauf der hierauf gepflogenen Verhandlungen setzte der Gemeinderath den Kläger freiwillig wieder in den Besitz und Genuß seiner Almendstücke ein, weigerte sich aber, die von denselben bezogenen Pachtzinse auszufolgen, da wegen des Ersatzes der

Verpflegungskosten der klägerischen Ehefrau — ein bürgerlicher Rechtsstreit anhängig sei, dessen Ausgang abgewartet werden solle. Der Bezirksrath Weinheim wies nun die Klage, soweit sie sich auf die Herausgabe der 40 fl. Pachtzinse bezieht, abermals als nicht vor die Verwaltungsgerichte gehörig zurück, diesmal jedoch in dem Sinn, daß es sich um eine Entschädigungsklage handle, zu deren Erledigung nur der bürgerliche Richter zuständig sei. Der großh. Verwaltungsgerichtshof ging jedoch von der Anschauung aus, daß von einem Entschädigungsanspruch keine Rede sei, der Kläger auch gar keine zivilrechtlichen Titel für sich geltend mache, sondern lediglich den ihm als Bürger zustehenden Almendgenuß verfolge und kraft dieses seines öffentlich-rechtlichen Anspruchs die Ausfolgung der in den Händen der Gemeinde befindlichen bürgerlichen Früchte seiner Almendstücke verlange. Der Bezirksrath wurde daher auch jetzt wieder unter Aufhebung seines Erkenntnisses angewiesen, in der Sache selbst zu erkennen.

K. Ztg. 1868 Nr. 264.

167.

Zur Strafrechtspflege.

XIX.

Anfang der Strafbarkeit bei falscher Eidesleistung, falschen Zeugniß u. s. w. vor Collegialgerichten. Strafgesetzbuch §. 493.

Findet der zweite Satz des §. 493 auch auf Schöffengerichtssitzungen Anwendung?

Die vorstehende Frage wurde in der Anklagesache gegen Konrad Bimmler von G. wegen falschen handgelübdlichen Zeugnisses und gegen Louise Kunz von K. wegen Anstiftung zu dem genannten Verbrechen durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 24. Oktober 1868 im bejahenden Sinne entschieden.

Es wollten die beiden von der Strafkammer in Karlsruhe verurtheilten Angeklagten eine unrichtige Auslegung und Anwendung des Gesetzes bei der Urtheilsfällung darin erblicken, daß der erkennende Gerichtshof annahm, die im zweiten Satz des §. 493 des Str.G.B. für die Sitzungen der Gerichtshöfe gegebene besondere Bestimmung wegen Eintritts des Zeitpunkts der Strafbarkeit bei dem falschen Zeugniß finde auch auf Verhandlungen vor Schöffengerichten Anwendung, und es sei demnach das im ersten Satz verlangte unterschriebene oder bestätigte Protokoll über das falsche Zeugniß nicht erforderlich, während doch Schöffengerichte keine eigentlichen Collegialgerichte, mithin keine Gerichtshöfe im Sinne des Gesetzes seien. Gerichtsverfassung §. 7 in Vergleichung mit der Vollzugsverordnung zu derselben §. 10 auch Str.P.O. §. 31. 34.

Die hiewegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom höchsten Gerichtshof als unbegründet verworfen, indem derselbe von folgenden Erwägungen ausging:

Die angefochtene Auslegung und Anwendung des §. 493 Satz 2 rechtfertigt sich schon nach der Wortfassung dieser Gesetzesstelle, denn, wenn darin von Sitzungen und Verhandlungen von Gerichtshöfen die Rede ist, so ist diese Bestimmung nicht blos auf die zur Zeit der Einführung des Str.G.B. schon bestehenden, sondern unzweifelhaft auch auf die künftig hinzukommenden Gerichtshöfe zu beziehen und anzuwenden, und wenn allerdings gemäß §. 7 der Gerichtsverfassung Abs. 1 und 2 die Amtsrichter für sich nur Einzelrichter sind und die Amtsgerichte als solche keine collegiale Verfassung, keine ständige Collegialeinrichtung haben, so nimmt doch das durch Zusammentritt des Amtsrichters und zweier Schöffen gebildete Schöffengericht, dessen Mitglieder gemäß §. 312 der Str.P.O. insgesammt sogar über die ganze Schuldfrage, That- und Rechtsfrage eingeschlossen, mitberathen und abstimmen, seinem Wesen nach unverkennbar den Charakter eines Collegiums, obschon keines ständigen, und ähnlich wie ein Schwurgerichtshof die Stelle eines Gerichtshofs ein; es findet daher jene für Gerichtshöfe gegebene Bestimmung ohne Bedenken auf die Schöffengerichte Anwendung.[1])

---

[1]) Der §. 7 der Gerichtsverfassung spricht im Absatz 1 (mit der obigen richtigen Auffassung nicht im Widerspruch, vielmehr in völliger Uebereinstimmung) nur aus: „Bei den Amtsgerichten wird die bürgerliche Gerichtsbarkeit durch Einzelrichter ausgeübt," und fügt unmittelbar bei: „in Strafsachen werden, vorbehaltlich der gesetzlichen Ausnahmen, zur Schlußverhandlung und Aburtheilung je zwei Schöffen beigezogen," worauf dann im Absatz 2 weiter gesagt wird: „Die übrigen Gerichte haben eine collegiale Verfassung."

Daß aber die beiden Schöffen in ihrem gesetzmäßigen Zusammenwirken mit dem Amtsrichter als Vorsitzendem nach Maaßgabe der §. 304 ff., 310, 311. 312 der Str.P.O. in Wahrheit in allen

Noch mehr spricht für die Anwendung der fraglichen Bestimmung des Str.G.B. der klare Grund des Gesetzes, indem der Satz 2 dieses Paragraphen, ursprünglich nicht im Entwurf des Str.G.B. enthalten, wegen erkannter praktischer Unausführbarkeit und Unangemessenheit einer regelmäßigen Protocollirung der Zeugenaussagen bei den öffentlichen und mündlichen Verhandlungen der Richterkollegien nachträglich beigefügt wurde, dieser Grund aber in voller Stärke auch bei den Verhandlungen von Schöffengerichten zutrifft. Enthielte daher das Gesetz (was übrigens nach Obigem nicht der Fall ist) in fraglichem Punkte eine Lücke, so würde man bei der Wahl zwischen den Bestimmungen des ersten und des zweiten Satzes des §. 493 (insofern keiner unmittelbar und ausdrücklich auf Schöffengerichte zu beziehen wäre) ebenfalls nur für die allein passende Bestimmung des Satzes 2, nicht für die völlig unzutreffende des ersten Satzes zu entscheiden haben, ohne daß hierin eine nach richtigen Grundsätzen im Strafrecht unstatthaft zu erachtende analoge Anwendung von Strafbestimmungen gefunden werden könnte.

Endlich erhält die angefochtene Auffassung des Gesetzes auch in ausdrücklichen Bestimmungen der Str.P.O., §. 301 und §. 259 in Vergleichung mit §. 17 der Instruktion für die Amtsgerichte, eine wesentliche Bestätigung, die jedes Bedenken gegen deren Richtigkeit ausschließt.

Nach Str.P.O. §. 301 sind nämlich die Bestimmungen des Titels XVII. der Str.P.O. über die Hauptverhandlung von den erkennenden Gerichten im Allgemeinen auch auf die zur Gerichtsbarkeit der Amtsgerichte gehörigen Strafsachen für anwendbar erklärt, soweit nicht eine Abweichung im Gesetz verordnet ist, oder sich aus der Natur der Sache ergibt; zu diesen anwendbaren Bestimmungen gehört aber auch die Vorschrift des § 259 über Fassung und Inhalt der Sitzungsprotocolle bei Hauptverhandlungen, mithin sind die schöffengerichtlichen Hauptverhandlungen den kreis- und schwurgerichtlichen Hauptverhandlungen in dieser Beziehung gesetzlich gleichgestellt. In §. 17 der Instruktion für die Amtsgerichte ist aber in Bezug auf die Protokolle über schöffengerichtliche Verhandlungen im Einklang hiemit noch besonders gesagt, daß sie den in §. 259 der Str.P.O. bezeichneten Inhalt haben sollen und alle erschienenen Personen darin aufzuführen seien, ihre Aussagen aber nur dann, wenn der Amtsrichter es nöthig findet, oder wenn es nach §. 259 Abs. 2 von einem dazu Berechtigten verlangt wird. Hieraus läßt sich die Ansicht der Gesetzgebung in Bezug auf die in Zweifel gezogene Frage klar erkennen.

wesentlichen Beziehungen die Thätigkeit eines Collegiums und das Amt eines Gerichtshofes ausüben, mithin insoweit auch als Collegium und als Gerichtshof anzuerkennen sind, läßt sich mit Grund nicht bestreiten. Der §. 7 der Gerichtsverfassung steht überall nicht entgegen. Das in dieser Hinsicht erhobene Bedenken, welchem die Staatsanwaltschaft erheblicheres Gewicht einzuräumen schien (indem sie hauptsächlich aus allgemeinen Gründen nachzuweisen suchte, daß da, wo schon ein Erfolg eingetreten sei, jedenfalls das Verbrechen des Meineides u. s. w. sicher vollendet vorliege, der frühere Anfangspunkt daher von keinem weitern Belang sei), erscheint hienach sicher nicht gerechtfertigt.

Hiedurch erledigt sich die angeregte Frage in einfacher und befriedigender Weise.

In nächster Verbindung mit dieser Frage steht aber eine andere, nämlich die Frage: Wie sich die Sache bezüglich der falschen Ableistung eines Haupteides oder Notheides in den Sitzungen der Kreisgerichte (Civilkammern) gestaltet?

Der zweite Satz des §. 493 des Str.G.B. bezieht sich nämlich nach seinem klaren Wortlaut und Sinn nur auf das mit Verletzung der Eidespflicht bei der Verhandlung eines Gerichtshofes in der Sitzung abgegebene falsche Zeugniß oder falsche Gutachten (§. 486 487), nicht auch auf den Meineid (§. 484. 485), von welchem nur im ersten Satze des mehrerwähnten §. 493 die Rede ist. Es entspricht diese Fassung des Gesetzes ganz der früheren Gerichtseinrichtung und Gerichtsübung, insofern früher die Abnahme der Haupt- oder Notheide, auch in höheren Streitsachen, regelmäßig [2]) durch das Amtsgericht (Bezirksamt) geschah.

Nach der jetzt bestehenden Gerichtsverfassung und Prozeßgesetzgebung kommt aber die Abnahme solcher Eide auch bei den Kreisgerichten, in den Sitzungen der Civilkammern, vor.

Vergl. bürgerliche Pr.O. §. 552. 554. 561. §. 1022 ff.

Nach Pr.O. §. 1028 sind bei Collegialgerichten über jede Beweiserhebung (wozu auch die Erhebung urtheils-

[2]) Nur in Sachen, die wegen befreiten Gerichtsstandes von den Hofgerichten im ersten Rechtszug verhandelt wurden, kamen vor der Gesetzgebung vom Jahr 1851 bisweilen Ausnahmen vor, z. B. bei der Leistung solcher Eide durch Standesherren.

mäßiger Eide gehört) vollständige Protocolle aufzunehmen. Es ist daher über die Ableistung der fraglichen Eide, wie sich auch aus der Natur der Sache ergibt, ein Protokoll aufzusetzen, welches den Vorgang in allen wesentlichen Stücken beurkundet. Eine Unterzeichnung des Protokolls durch die Partheien, namentlich den schwörenden Theil, ist vom Gesetz nirgend besonders vorgeschrieben, vielmehr läßt sich aus der Vergleichung der §§. 283. 284 mit §. 285, sowie mit §. 1002 Abs. 2, 1003 und insbesondere 1004 der Pr.O. der Grundsatz entnehmen, daß für die Sitzungsprotokolle der Collegialgerichte die Unterzeichnung durch die Partheien, welche dem System der rein mündlichen Verhandlung nicht entsprechend und praktisch nicht wohl durchführbar erscheint, nicht erfordert wird. [3])

Hienach kann der Mangel der unterschriftlichen Anerkennung des vor dem Collegialgericht aufgenommenen Beeidigungsprotokolls von Seiten des Schwörenden den Eintritt der Strafbarkeit des Meineides nach der Bestimmung des Str.G.B. §. 493 nicht hindern; es kommt hiebei zwar der erste Satz dieses Paragraphen in Anwendung, jedoch vertritt hier die beurkundete Bestätigung, der alternativen Fassung des Gesetzes gemäß, die Stelle der Unterzeichnung des Protokolls.

Von dieser Auffassung scheint auch das Oberhofgericht in einem älteren Falle, in U. S. gegen K. H. Lauer von H. wegen Meineids, nach den Gründen seines die betreffende Richtigkeitsbeschwerde verwerfenden Erkenntnisses vom 4. November 1865 ausgegangen zu sein, indem darin ausgesprochen ist:

„daß nach den Vorschriften der Str.P.O. (§. 259), wie der Civilprozeßordnung (§. 1002. 1004) wichtigere Vorgänge bei Collegialgerichten, wie der Fall hier vorlag, nur durch die Aufnahme der Beurkundung darüber in das Sitzungsprotokoll und Vorlesung derselben festgestellt werden sollen, und hier nur überhaupt eine Anerkennung der Richtigkeit dieser Feststellung vorausgesetzt wird."

Wenn übrigens nach Obigem die Unterzeichnung der schwörenden Parthei bei Protokollen über Leistung von Haupt- und Nothheiden vor Collegialgerichten nicht als gesetzlich geboten und nothwendig zu betrachten ist, so wird gleichwohl die Herbeiführung derselben, insofern sie ohne störende Weiterung leicht zu bewirken ist, und etwaigen Anfechtungen vorbeugt, sich als zweckmäßig empfehlen. [4])

E. Brauer.

[3]) Vergl. die entsprechenden §§. 116, 117 der hannöverischen bürgerlichen Prozeßordnung, sowie §. 160 des von der Commission in Hannover berathenen Entwurfes einer allgemeinen deutschen Civilprozeßordnung, auf welchen Entwurf die badische Prozeßgesetzgebung besondere Rücksicht nahm, wie in der Einleitung zur Begründung des badischen Gesetzesentwurfs hervorgehoben wurde. Der Bericht der Commission der II. Kammer von Kusel bestätigt dieses, namentlich in Bezug auf die allgemeinen Vorschriften (wozu der angeführte §. 160 gehört), noch näher. Siehe auch Annalen Band 30 S. 253.

[4]) Ein gegründetes Bedenken kann hiegegen nicht obwalten, da der für die Protokollirung der mündlichen Verhandlungen der Collegialgerichte geltende Hauptgrundsatz hiedurch nicht beeinträchtigt wird.

168.

Uebergabspflicht des Verkäufers von Hölzern, deren Preis nach verschiedenen Qualitäten bedungen ist.

L.R.S. 1603 Ziff. 2, 1604. 1606 Ziff. 1.

In Sachen

der Gemeinde Unterlenzkirch, Klägerin, Appellatin, Oberappellantin

gegen

Isidor Beck von Riedersteg, Beklagten, Appellanten, Oberappellaten,

Forderung betr.

Die Klägerin verlangte von dem Beklagten die Bezahlung des Kaufpreises für die von ihm ersteigerten Hopfenstangen (I. und II. Klasse) auf Grund des Kaufvertrags vom 26. Januar v. J., welcher jedoch durch das von ihr selbst vorgelegte Uebereinkommen vom 18. März v. J. wesentlich modificirt ist.

Durch diese Uebereinkunft hatte nämlich die Klägerin die Verbindlichkeit übernommen, dem Beklagten von den ersteigerten Hopfenstangen diejenigen, welche nach ihrer Beschaffenheit nicht zur I. oder II. Klasse gehören, um einen ermäßigten Preis zu überlassen und zur Ergänzung der in jenen Klassen ausfallenden Stangen andere zu hauen und zu verabfolgen. Damit hatte sie, wie die Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtl. Urtheil vom 10. Nov. 1868 besagen, die Möglichkeit anerkannt, daß sich unter den verkauften Stangen auch solche befinden, welche die in

den Versteigerungsbedingungen bezeichnete Qualität nicht besitzen. Der Beklagte war daher nicht in der Lage, die Stangen sofort in Empfang zu nehmen, sondern es hatte vorher eine Untersuchung derselben hinsichtlich ihrer Qualität und je nach dem Ergebnisse dieser Untersuchung die Beischaffung anderer Stangen einzutreten.

Mit diesem Geschäfte vorzugehen, war Sache der Klägerin, denn sie hatte, bevor sie den Kaufpreis zu fordern berechtigt war, ihre Verbindlichkeit als Verkäuferin zu erfüllen, nämlich die verkaufte Waare in der bedungenen Qualität dem Käufer zu übergeben oder sich doch zur Uebergabe bereit zu zeigen, sie hatte demnach zunächst eine Prüfung der von dem Beklagten ersteigerten Hopfenstangen vorzunehmen und wenn sie sich dabei überzeugte, daß dieselben den Versteigerungsbedingungen vollständig entsprechen, den Beklagten hievon in Kenntniß zu setzen; andernfalls aber unter Mitwirkung der großh. Bezirksforstei so viel Stangen fällen zu lassen, als zur Ergänzung der ausgefallenen Stangen I. und II. Klasse erforderlich waren und sodann den Beklagten zum Empfange sämmtlicher Stangen aufzufordern.

Daß die Klägerin dieser ihrer Verbindlichkeit nachgekommen ist, wurde von ihr nicht behauptet.

Der Beklagte dagegen hat seiner Seits nichts versäumt, er konnte weder die nicht vertragsmäßig beschaffenen Stangen mit Rechtsverbindlichkeit für die Klägerin einseitig ausscheiden, noch für die Beischaffung anderer Stangen Sorge tragen; er hat sich auch nicht bei der Unthätigkeit der Klägerin ruhig verhalten, sondern durch den Brief vom 25. April v. J. und durch die Verzugssetzung der Klägerin vom 4. und beziehungsweise 22. Juni v. J. unzweideutig zu erkennen gegeben, daß er von der Klägerin die Erfüllung der von ihr durch die Uebereinkunft vom 18. März v. J. übernommenen Verbindlichkeiten verlange.

Die von dem Beklagten der klägerischen Forderung entgegengehaltene Einrede der Nichterfüllung des Vertrags erscheint hiernach als wohlbegründet. Red.

169.

Literaturbericht.

Im Verlag der Buchhandlung von J. Bensheimer sind neulich die „ergänzenden Gesetze der großh. badischen Strafgesetzgebung mit Erläuterungen von Dr. Sigismund Puchelt, großh. bad. Kreisgerichtsdirector" erschienen.

Es sind dies 6 Gesetze, nämlich das

1) Gesetz über die privatrechtlichen Folgen von Verbrechen,
2) Gesetz über die parlamentarische Redefreiheit,
3) Gesetz über Vereins- und Versammlungsrecht,
4) das Gesetz über ungehorsame Wehrpflichtige,
5) das Preßgesetz,
6) Gesetz über Ministerverantwortlichkeit.

Der Herr Verfasser sieht dieses Buch als die Ergänzung seines Commentars zu dem badischen Strafgesetzbuch an, womit die von ihm beabsichtigte Darstellung des gesammten badischen Strafrechts abgeschlossen werde; dabei behält sich derselbe die nachträgliche Bearbeitung des noch nicht erschienenen Ausführungsgesetzes zu dem Gesetz über die Ministerverantwortlichkeit vor.

Wegen der Neuheit der meisten dieser Gesetze beschränkte sich die Arbeit des Herrn Verfassers auf ausführlichere Mittheilungen aus den Motiven der betreffenden Gesetzentwürfe, den Commissionsberichten und den landständischen Verhandlungen.

Dem mit bemerkenswerther Raschheit vollendeten Buche ist ein alphabetisches Register beigegeben.

Die Beliebtheit, deren sich der Commentar des Herrn Verfassers bei den Practikern erfreut, verspricht auch dieser Fortsetzung jenes Werkes die gebührende Anerkennung. Stf.

170.

1) Zur Anwendung der §§. 700 und 701 des Str.G.B. ist eine Verpflichtung der Postbeamten nicht erforderlich.

2) Bei offen übergebenen Gegenständen verpflichtet sich der Beamte durch Ausstellung des Postscheins zur postmäßigen Beförderung.

Franz Lawo von Külsheim wurde durch Erlaß großh. Direktion der Verkehrsanstalten vom 14. Januar 1854 zum Postexpeditor in Külsheim ernannt, welche Stelle seit dem 1. Mai 1859 in einen Postablagedienst umgewandelt wurde. Mit der Benennung hatte die Direktion das zuständige Bezirksamt ersucht, den Lawo, sobald er sich dort fixire, in Pflichten zu nehmen. Das Bezirksamt verfügte die Wiedervorlage des betreffenden Erlasses auf Erscheinen des Lawo; dieser erschien nicht, und die Verpflichtung unterblieb. Am 13. September 1865 über-

gab Friedrich Grimm von Külsheim dem Postabnehmer Lawo offen 500 fl. zur Verpackung und Absendung an Pfarrer Grimm in Lienheim, Lawo nahm das Geld in Empfang, stellte einen Postschein hierüber aus und ließ sich Porto und Scheingebühr bezahlen.

Statt das Geld abzusenden, stellte Postabnehmer Lawo einen Schuldschein über 500 fl. aus, welchen er unter dem Versprechen der Verzinsung an Pfarrer Grimm schickte, mit dem Ersuchen, ihm das Geld zu belassen, im Falle aber Pfarrer Grimm dies nicht wolle, ihm den Schuldschein sogleich zurückzugeben. Erst nach einiger Zeit schrieb Pfarrer Grimm an den Absender Friedrich Grimm, er brauche das Geld und nehme den Postabnehmer Lawo nicht als Schuldner an. Auf Vorhalt des Friedrich Grimm, übersendete hierauf am 8. Dezember 1865 Lawo das Geld auf der Post an Pfarrer Grimm. Auf Grund dieser Thatsachen war Postabnehmer Lawo wegen Unterschlagung als Postbeamter — vorsätzlicher Zurückhaltung des Geldes — in Anklagestand versetzt.

Bei der Aburtheilung kam zunächst zur Sprache, ob trotz mangelnder Verpflichtung Franz Lawo Subject des Verbrechens sein könne. Es wurde dies bejaht, da durch das Anstellungsdecret der zuständigen Behörde und die darauf erfolgte Uebernahme des Amtes Franz Lawo die Eigenschaft als Postbeamter erhalten habe, welche Eigenschaft ein Einschreiten gegen ihn als solchen rechtfertigt. Die offene Hingabe des Geldes konnte gleichfalls den Thatbestand des Verbrechens nicht ausschließen, indem der Wortlaut des §. 701 des Str.G.B. „wenn das vorsätzliche Zurückhalten an Geldpaketen oder andern Gegenständen, die einen Geldwerth haben, geschieht," namentlich im Gegensatze zur Fassung des §. 700 des Str.G.B. „Pakete oder andere verschlossene Gegenstände" zeigt, daß in jenen Fällen ein Verschluß nicht erforderlich ist.

Schließlich wurde erwogen, ob nicht der Umstand, daß der Absender in erster Reihe den Franz Lawo als Bekannten — es bestund sogar ein entferntes Verwandtschaftsverhältniß — ersucht hatte, das Geld zu verpacken, geeignet sei, die Verantwortlichkeit desselben als Postbeamter aufzuheben, und da die Voraussetzungen der Unterschlagung fehlten, die Straflosigkeit zu bewirken.

In der Hauptverhandlung erklärte in dieser Richtung der Absender, es sei ihm nicht darauf angekommen, daß Lawo die Verpackung sofort besorgt und das Geld alsdann abgesendet habe, ihm sei auch recht gewesen, wenn dies geschehen, wann Lawo gerade Zeit gehabt habe. Dagegen kam in Betracht, daß durch den Brief an Pfarrer Grimm Lawo den Entschluß einer längeren Zurückhaltung des Geldes zu eigennützigen Zwecken bekundet hatte, und daß insbesondere durch die Ausstellung des Postscheins nebst Erhebung von Porto und Gebühr klar dargethan war, daß Franz Lawo in seiner Eigenschaft als Postbeamter das Geld in Empfang genommen und sich zur Beförderung nach den bei der Postanstalt geltenden Normen verpflichtet hatte; daß Lawo aus Gefälligkeit auch die Verpackung übernommen hatte, änderte hieran nichts.

Unter Berücksichtigung des freiwillig geleisteten Ersatzes als Strafmilderungsgrund wurde Franz Lawo in eine Kreisgefängnißstrafe von vier Monaten und zur Dienstentlassung verurtheilt.

Dr. Cadenbach, Staatsanwalt.

171.

Literaturanzeige.

Von dem Handbuch des Handelsrechts von Herrn Dr. L. Goldschmidt, ordentlichem Professor der Rechte in Heidelberg, ist im Verlag von Ferdinand Enke in Erlangen vor Kurzem die zweite Abtheilung des ersten Bandes erschienen, welche die Lehre von der Waare enthält.

Der Herr Verfasser hat den früheren Plan, in dieser Abtheilung die Lehre vom Handelsstande zu entwickeln, aufgegeben und vorgezogen, die Lehre von der Waare, das Sachenrecht des Handels, welchem ursprünglich eine nur cursorische Behandlung zugedacht war, sofort eingehend zu erörtern.

Dieser Standpunkt hat zu einer neuen systematischen Gruppirung der Handelsrechtsinstitute, deren obligatorische Seite geeignet berücksichtigt ist, insbesondere der Lehren, welche gewöhnlich beim Kauf behandelt werden, geführt.

Die Lehre vom Gelde ist nach ihrer juristischen Seite vom Standpunkte des heutigen Wirthschaftslebens in ihrer geschichtlichen Entwicklung dargestellt.

Der Herr Verfasser ist bei dieser Arbeit überhaupt von der Ueberzeugung ausgegangen und hat sie durchgeführt, daß zur Zeit für die Erkenntniß und Fortbildung unseres bestehenden Handelsrechts allein die auf die Einzelheiten eingehende geschichtlich-dogmatische Prüfung einen sicheren Fortschritt ermögliche.

Zu diesem Zwecke hat der Herr Verfasser insbesondere auch die Statuten der italienischen Kaufmannseinungen (statuta mercatorum) als die ältesten und weitaus wichtigsten Handelsrechtsquellen in umfassender Weise benützt.

Dem eingehend durchgearbeiteten Werke ist in zahlreichen Noten ein reicher Schatz von Literatur beigegeben. Zur Erleichterung des Gebrauchs dient das genaue übersichtlich angelegte, dem Buche vorangestellte Inhaltsverzeichniß, aus welchem sich die Reichhaltigkeit der Forschung und Darstellung sofort erkennen läßt.

Bei dem wohlbegründeten Ruf des Herrn Verfassers als Handelsrechtslehrer und Schriftsteller bedarf es einer besonderen Betonung der Bedeutung dieses gediegenen Buches für Wissenschaft und Praxis nicht Stf.

172.

Wie muß ein Unterpfandsrecht für noch nicht fällige Ernährungsbeitragstermine in einer Liegenschaftsvollstreckungsverweisung behandelt werden?

In einer Liegenschaftsvollstreckung hatte ein Notar ein uneheliches Kind, welchem laut eingetragenem Urtheil der betriebene Schuldner einen Ernährungsbeitrag von wöchentlich 30 kr. bis zum 14. Lebensjahre zu zahlen verpflichtet war, nur für das bei Fertigung des Verweisungsgeschäfts bereits Verfallene, verwiesen, mit dem erst später fällig Werdenden aber ganz unberücksichtigt gelassen. Dieses Verfahren war jedenfalls unrichtig, da der Urtheilseintrag auch für das noch nicht Verfallene nicht wirkungslos sein kann, sondern ebenfalls richterliches Unterpfandsrecht begründen muß. Auf die Anfechtung der Verweisung durch den Vormund des Kindes wurde nun vom Amtsgericht Säckingen der §. 797 der Pr.O., als durchaus nicht mit dem Gantverfahren allein zusammenhängend, sondern ebensosehr auch außerhalb der Gant anwendbar, für maaßgebend erklärt, und demzufolge erkannt, daß aus dem Erlös der Unterpfänder im Rang vom Urtheilseintrag an ein Capital angelegt werden müsse, aus dessen Zinsen die Ernährungsbeiträge zu entrichten seien; und für den Fall, daß die Betheiligten, d. h. Einsprachkläger und Einsprachbeklagte, über die Art der Anlegung des Kapitals nicht übereinkommen, wurde im Urtheil bestimmt, daß auf Antrag eines Betheiligten die Hinterlegung des Kapitals bei der Hinterlegungskasse vom Gericht werde verfügt werden. (Das Kapital wurde dann bei'm Gutskäufer stehen gelassen.)

Wenn der vorhandene Unterpfandserlös nicht so groß ist, daß sein Jahreszins die Höhe des jährlichen Ernährungsbeitrags erreicht, so entsteht die Frage, ob das Kapital zur Bestreitung der Ernährungsbeiträge angegriffen werden dürfe.

Diese Frage wird zu bejahen sein, da überhaupt der Schuldner eines Ernährungsbeitrags, von der Zahlung der vollen Raten dadurch nicht frei wird, daß diese Zahlung ihm nöthig macht, ein Kapital anzugreifen.

Dagegen wird die Frage zu verneinen sein, ob dem Unterpfandskäufer die Zahlung der Ernährungsbeiträge in den urtheilsmäßigen Terminen bei der Zwangsversteigerung hätte zur Bedingung gemacht werden sollen.*) Es ergibt sich dies aus einer Vergleichung der §§. 797 und 798 des Pr.O. Nur im Falle des §. 798 der Pr.O., also nicht wenn das Unterpfand ein richterliches ist, wird eine solche Steigerungsbedingung zulässig sein.

Leider kam die Sache nicht zur Entscheidung beim Appellationssenat. Adolf Baumstark.

*) Auf diesen Grund hin hatte der Vormund des Kindes die Versteigerung schon deßhalb nicht anfechten können, weil er nach der Zustellung der Steigerungsbedingungen keine Beschwerde gegen dieselben erhoben hat, §. 856 Abs. 2 der Pr.O.

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Dezember 1868. No. 10.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 10.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Dezember 1868.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Dienstag den 1. Dezember.	
99	Kübeleberle gegen Dittler. — Vorzugsrecht.	Grimm. — Strauß.
86	Fähndrich gegen Buisson. — Vertragserfüllung. . . .	Barbo. — Grimm.
	Donnerstag den 3. Dezember.	
90	Scheck gegen Scherle. — Erbtheilung.	Schulz. — A. Gutmann.
89	Budeline gegen Zimmermann. — Forderung.	Esser. — Grimm.
	Montag den 7. Dezember.	
62	Melder gegen Schott. — Erbvermächtniß.	Wedekind. — Esser.
133	Meier gegen Müller Gantmasse. — Forderung. . . .	Eller.
	Donnerstag den 10. Dezember.	
126	Sillmann gegen Sillmann. — Erbtheilung.	Barbo. — Esser.
108	Eisen gegen Gmeiner. — Rechnungstellung.	Kusel. — Hink. — Burg.
30	Sutter gegen Sutter. — Vermögensabsonderung. . . .	Fürst. — Eller.
	Dienstag den 15. Dezember.	
122	Heilig gegen Oppenheimer. — Einsprache.	Grimm. — Geißmar.
137	Zimmermann Gant modo Lichtenfeld gegen Dürr. — Vorzug. .	Zutt.
	Donnerstag den 17. Dezember.	
85	Schrank, jetzt Herz gegen Frank. — Forderung. . . .	Bracht. — Eller.
92	Vogt gegen Wagner. — Forderung.	Esser. — Geißmar.
	Dienstag den 22. Dezember.	
91	Thoma gegen Frei. — Forderung.	Barbo. — Barazetti.
96	Walter gegen Fiscus. — Erbbestandeigenthum.	Schulz. — Bertheau.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. **No. 24.**

173.

Zwangsenteignung zum öffentlichen Nutzen. Bauplatzpreise.*)

In Sachen

der königl. würtembergischen Eisenbahnbaucommission in Stuttgart, Klägerin, Appellatin, Oberappellantin,

gegen

August und Robert Dittler von Pforzheim, Beklagte, Appellanten, Oberappellaten,

hat sich das großh. Oberhofgericht in den Entscheidungsgründen zum Urtheile vom 15. Oktober 1868 in folgender Weise ausgesprochen: **)

Die klagende königl. würtembergische Eisenbahnbaucommission erachtet sich durch das appellationsgerichtliche Urtheil deßhalb für beschwert, weil dasselbe den Beklagten für das von ihnen abzutretende Gelände im Maaßgehalte von 1 Viertel, 8 Ruthen und 80 □ Fuß eine Entschädigung von 9 Kreuzer für den □ Fuß, mithin von 6000 fl. für den Morgen zuerkannt habe, statt nur auf eine solche von 2500 fl. für den Morgen, welche vom Richter des ersten Rechtszugs zugesprochen worden sei, zu erkennen.

Diese Beschwerde erscheint auch als begründet.

Das Gesetz über die Zwangsenteignung zum öffentlichen Nutzen vom 28. August 1835 (Reggsbl. No. 42) sagt im §. 24: Bei Bestimmung der Entschädigungssumme wird der Werth zur Grundlage genommen, den die Liegenschaft im Falle einer Veräußerung nach Maaßgabe ihrer Größe, Beschaffenheit und Lage und nach den Durchschnittspreisen der sechs letzten Jahre oder so ferne solche in Folge eingetretener besonderer Umstände im letzten Jahre gestiegen sind, nach den neuesten Preisen haben würde." Das abzutretende Gelände wurde zur Zeit, zu welcher die Abtretungsverbindlichkeit öffentlich verkündet wurde, und welche nach den §§. 22 und 37 des angeführten Gesetzes für die Beurtheilung der Beschaffenheit jenes Geländes maaßgebend ist (Juni 1867), wie zur Zeit des gerichtlichen Augenscheines (Juli 1867) als Ackerland benutzt.

Die zur Schätzung des Werthes dieses Geländes gerichtlich bestellten Sachverständigen sind nun aber zunächst von der Ansicht ausgegangen, daß dasselbe seiner Lage nach im Hinblicke auf die in der fraglichen Richtung bevorstehende Vergrößerung der Stadt Pforzheim zu Bauplätzen verwendet werden könne, und haben daraufhin eine Entschädigung von 9 Kreuzern für den □ Fuß, mithin von 6000 fl. für den Morgen als angemessen erachtet, während sie in der Folge, vom Richter des ersten Rechtszugs dazu aufgefordert, abgesehen von der unterstellten Bauplatzeigenschaft gemäß §. 24 des Gesetzes vom 28. August 1835 zu schätzen, den Werth des Geländes auf 2500 fl. für den Morgen anschlugen, indem sie dieser Schätzung beifügten, daß „ihres Erachtens ein Preis von 2500 fl. im Falle einer freiwilligen Veräußerung jetzt erzielt werden dürfte."

Das letztre Gutachten verdient nun aber den Vorzug, weil es dem ersteren an der nöthigen Grundlage für die Annahme, daß die Verwendbarkeit des fraglichen Geländes zu Bauplätzen dermalen eine Wertherhöhung dessel-

---

*) Vrgl. Annalen XXIX. S. 304. 306, XXXI. S. 209, XXXII. S. 264; Seuffert Archiv III. No. 200, XVI. No. 224, XX. No. 135; Häberlin im Archiv für civ. Praxis S. 186 ff.; Beseler, deutsches Privalrecht §. 92. D. E.

**) Es handelte sich um einige Parcellen, auf der Gemarkung Brötzingen ganz nahe bei Pforzheim gelegen, welche die königl. würtembergische Eisenbahnbauverwaltung behufs der Herstellung des Anschlußes der Enzthalbahn (von Pforzheim nach Wildbad) an die badische Bahn auf Grund des (Seitens der Kammern nachträglich gutgeheißenen) Staatsvertrags zwischen Baden und Würtemberg vom 3. März 1865 (Regierungsblatt 1865 No. 42 S. 553) zwangsweise zu enteignen befugt erschien. Art. 10 dieses Vertrags besagt: „Hinsichtlich der Erwerbung und zwangsweisen Abtretung des Grundbesitzes, welcher zur erstmaligen Anlage oder späteren Erweiterung der Verbindungsbahnen und der Stationsplätze erforderlich ist, kommen die gleichen gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung, welche der Staat, in dessen Gebiet die Verbindungsbahnen liegen, beim Bau seiner eigenen Bahnen anzuwenden berechtigt ist." Der Staatsvertrag bezieht sich nicht blos auf die an die badische Bahn sich anschließende Enzthalbahn, sondern noch auf mehrere andere Anschlußbahnen. D. E.

ben von 2500 fl. auf 6000 fl. für den Morgen herbeizuführen geeignet sei, gebricht. Daß freiwillige Veräußerungen von Grundstücken, welche den den Beklagten zu enteignenden nach Lage und Beschaffenheit ähnlich sind, um einen Preis von 6000 fl. für den Morgen stattgehabt hätten, wurde weder von beklagter Seite geltend gemacht noch von den Sachverständigen erwähnt. Letztere führten (in dem J. S. der dermaligen Klägerin gegen Adolph Kollmar erstatteten Gutachten, worauf sie sich für den jetzt zu beurtheilenden Fall in der fraglichen Hinsicht bezogen) nur an, daß, weil sich die Stadt Pforzheim in den letzten Jahren in der Richtung gegen das zu enteignende Gelände sichtlich ausgedehnt habe, die Preise der Güter in jener Gegend unverhältnißmäßig hoch gestiegen und einzelne Abschnitte solcher Güter als Bauplätze besonders gesucht worden seien. Der beklagte Theil selbst bezieht sich auf zwei Zwangsenteignungen, bei denen 8000 fl. und 12,000 fl für den Morgen als Entschädigung bezahlt worden seien.

Während nun einerseits diese Entschädigungsbeträge, deren Entrichtung auf besonderen, hier nicht einschlägigen Verhältnissen beruht haben mag, für den gegenwärtigen Fall nicht zum Maaßstaabe dienen können, so sind auch andrerseits die angeführten, einer in das Einzelne gehenden Begründung entbehrenden Erwägungen der Sachverständigen, denen in gleich allgemeiner Weise angefügt wird, „es stehe mit ziemlicher Gewißheit zu erwarten, daß auch über den Pforzheimer Gemarkungsbann hinaus Gebäude entstehen würden, daß namentlich der der Pforzheim-Durlacher Straße gegenüberliegende Brötzinger Gemarkungstheil (wo die jetzt fraglichen Grundstücke liegen), in nicht gar langer Zeit zu Bauplätzen würde benützt werden,“ nicht geeignet, die Annahme von Bauplatzpreisen oder diesen sich nähernden Preisen zu begründen. Wenn die Sachverständigen, wie bemerkt, hervorheben, daß einzelne Abschnitte von Gütern in jener Gegend schon als Bauplätze besonders gesucht worden seien, so steht doch noch immer dahin, ob dafür auch Bauplatzpreise bezahlt worden seien. Solche Preise oder ihnen sich nähernde Preise sind aber hier um so weniger am Platze, als der vorliegende Bauplan der Stadt Pforzheim die fraglichen auf Brötzinger Gemarkung gelegenen Grundstücke nicht in seinen Bereich gezogen hat, als derselbe, auch selbst soweit er sich über die angrenzenden Theile der Pforzheimer Gemarkung erstreckt, unerachtet seines mehrjährigen Bestehens noch nicht ausgeführt ist und als endlich nicht bestritten werden konnte, daß es den Beklagten seit dem Bestehen des Plans, und zwar etwa ein Jahr vor dem Abtretungsbegehren gelang, die fraglichen Grundstücke um nicht unbeträchtlich weniger als 2500 fl. für den Morgen käuflich zu erwerben. Die etwaige Absicht der Beklagten, die Grundstücke bei gelegener Zeit als Bauplätze zu verkaufen, kann aber so wenig zu ihren Gunsten entscheidend wirken, als die — wohl vorhandene — Möglichkeit, daß dies binnen kürzerer oder längerer Frist gelingen werde. Daß die Berücksichtigung von Absichten und Plänen, die der Eigenthümer des zu enteignenden Gutes bezüglich einer gewinnbringenden Ausbeutung oder Verwerthung desselben hegt, sowie von Möglichkeiten einer solchen Ausbeutung oder Verwerthung dem Willen des Gesetzgebers nicht entspricht, ergibt sich, abgesehen von dem angeführten §. 24 des Gesetzes vom 28. August 1835 auch aus den §§. 25 und 37 desselben Gesetzes. Roßhirt.

174.

Durch Abschluß eines Vertrags unter dem Vorgeben oder unter Ueberschreitung eines Auftrags wird nicht eine unrechte That im Sinne des L.R.S. 1382 ff. verübt, sondern für den Fall, daß der angebliche Auftraggeber die in seinem Namen vorgenommene Handlung nicht genehmigt, nur die Gewährleistung für den hieraus erwachsenden Schaden übernommen.

Dieser Schaden ergibt sich jedoch nicht schon aus dem Mangel der Genehmigung, sondern erst durch die, hierdurch hervorgerufene, Verweigerung der Erfüllung der Vertragszusage.

Die fragliche Genehmigung kann auch stillschweigend ertheilt werden.

Rechnungsbescheide sind nicht etwa nur Verfügungen der Revision, sondern Entscheidungen der Behörde selbst.

Eine Thatsache, welche dem erhobenen Anspruche die Klagbarkeit entzieht, muß in derjenigen Instanz, wo sie im Laufe der Verhandlungen ihre

Entstehung erhält, vor Erlassung des Urtheils als Neuheit zugelassen werden.

§. 351 vrgl. mit §. 343 der Pr.O.

Von theilbaren Verbindlichkeiten werden nur diejenigen Streitgenossen durch günstigen Erfolg eines Rechtsmittels befreit, welche dasselbe ergriffen haben.

J. S.

des Fridolin Rummel von Sasbach für sich und Namens seiner Ehefrau Katharina geb. Maier, Kläger, Appellaten, Oberapellaten,

gegen

Altbürgermeister Martin Hörth und Genossen in Altschweier, Beklagte, Appellanten, Oberappellanten,

und

den Kirchen- und Pfarrhausbaufond in Altschweier, vertreten durch den katholischen Oberstiftungsrath, Nebenintervenienten, Oberappellanten,

Forderung betr.,

Die Beklagten hatten mit der Wittwe Rummel einen Vertrag über die Fertigung von Nacharbeiten am Kirchenbau zu Altschweier aus angeblichem Auftrag der den Kirchenbaufond vertretenden Stiftungskommission abgeschlossen.

Die gegen sie erhobene Klage, welche sich lediglich auf eine unrechte That der Beklagten stützte, insofern sie einen Auftrag nicht erhalten gehabt oder den erhaltenen überschritten hätten, hatte in erster und zweiter Instanz eine Verurtheilung derselben zur Zahlung von 2760 fl. 48 kr. und Zins zur Folge.

Auf die von einzelnen Beklagten ergriffene Oberappellation wurden aber von großh. Oberhofgerichte am 10. November 1868 die Urtheile der vorderen Instanzen unter Verfällung des Klägers in die Kosten aller drei Instanzen dahin abgeändert: daß der Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen sei.

Die Klage konnte nämlich aus folgenden Erwägungen nicht als begründet erachtet werden:

Wenn die Beklagten entweder überhaupt keinen genügenden Auftrag gehabt, oder ihren Auftrag überschritten hätten, so würden sie hiermit die ihnen schon nach der Vorschrift des L.R.S. 1997 obliegende Gewährleistungspflicht übernommen, damit aber für den Fall, daß der angebliche Auftraggeber ihre in seinem Namen vorgenommene Handlung nicht genehmigen werde, L.R.S. 1998, sich für den hieraus der Wittwe Rummel erwachsenden Schaden verbindlich gemacht haben. Eine unrechte That im Sinne des L.R.S. 1382 und ff. könnte daher in jener Handlung der Beklagten nicht gefunden werden.

Betrachtet man übrigens den Klaganspruch unter dem Gesichtspunkte der Gewährleistungspflicht oder unter jenem der unrechten That, so erscheint er in beiden Beziehungen als unbegründet.

Die beiden vordern Instanzen haben das Hauptgewicht ihrer Entscheidung darein gelegt, daß es zur Begründung und zum Beweis der Kläge genüge, daß die Beklagten zum Abschluß des fraglichen Vertrags mit der Wittwe Rummel über die Nacharbeiten — von dem Gemeinderath und der Stiftungskommission in Altschweier keinen Auftrag erhalten haben, oder daß der von diesen Behörden beschlossene Auftrag der Genehmigung des katholischen Oberstiftungsraths, beziehungsweise der betreffenden Staatsbehörde entbehrt habe, und diesen letztern Beweis hielten sie für erbracht, weil weder die Akten des Bezirks-Amtes Bühl, noch jene des Oberstiftungsrathes darüber etwas enthielten, daß die letztere Behörde jemals einen Auftrag zur Fertigung jener Nacharbeiten gegeben, noch auch, nachdem sie bereits bestellt waren, eine nachträgliche Genehmigung derselben ertheilt, vielmehr eine hierauf gerichtete Bitte mit Erlaß vom 17. Mai 1867 abschläglich verbeschieden habe.

Allein an diesem Beweise allein genügte es in keinem Falle.

Zur Begründung der Klage auf Ersatz eines verursachten Schadens genügte nämlich nicht der behauptete Mangel der höheren Genehmigung zur Ausführung der fraglichen Extraarbeiten am Kirchenbau, sondern es war, da die angebliche unrechte That und der eingetretene Schaden sich zusammen wie Ursache und Wirkung verhalten müssen, noch die weitere Behauptung des Klägers und deren Beweis nothwendig, daß gerade auf den Grund jenes Mangels der höheren Genehmigung von der sonst verpflichteten Kasse die Bezahlung jener Nacharbeiten verweigert worden sei. Denn nicht der Mangel jener Genehmigung wäre die nächste, oder alleinige Ursache des Schadens, sondern nur die etwa auf diesen Mangel gegründete Verweigerung der

Zahlung würde ihn bewirken. Würde nämlich die Zahlungsverweigerung auf einen andern Grund, als jenen Mangel der Genehmigung gestützt, z. B. weil die Schuld bereits bezahlt, oder durch eine andere Tilgungsart erloschen ist, so wäre jener Mangel unerheblich, weil er überhaupt nicht die Ursache des eingetretenen Schadens wäre, würde dagegen die Zahlung troß jenes Mangels dennoch geleistet worden sein, alsdann würde dieser Mangel keinen Schaden verursacht haben, und es könnte daher auch eine Entschädigung nicht verlangt werden. Es war hiernach die Behauptung, daß der Baufond (auf welchen, als den in erster Reihe Baupflichtigen, es hier allein ankommen kann, da seine Mittel anerkanntermaßen zur Herstellung des Kirchenbaues ausreichen, daher die nur subsidiär baupflichtige Gemeindekasse für die Baukosten nicht einzustehen hat), auf den Grund jenes Mangels der Genehmigung des Oberstiftungsrathes die Bezahlung der fraglichen Nacharbeiten verweigert habe, zur Begründung der Klage wesentlich.

Da nun die Beklagten beabredet haben, daß der Baufond sich geweigert habe, die fraglichen Nacharbeiten zu bezahlen, und daß dies aus dem vom Kläger angeführten Grunde geschehen sei, da sie vielmehr behaupten, daß diese Arbeiten zum bei weitem größten Theile von dem Baufond bereits bezahlt seien, so wäre über jene wesentliche Thatsache noch auf Beweis zu erkennen, da dies in den vordern Instanzen noch nicht geschehen ist.

Allein dieser Beweisauflage bedarf es nach der jetzigen Sachlage nicht mehr.

Die Beklagten haben nämlich schon in erster Instanz einredend geltend gemacht, daß der Oberstiftungsrath die von ihnen bei der Wittwe Rummel bestellten Nacharbeiten stillschweigend für den Baufond genehmigt habe, und sie haben auch den ihnen hierüber auferlegten Beweis erbracht.

Die Beklagten haben sich nämlich zum Beweise ihrer desfallsigen Behauptung auf die Baufondsrechnungen von den Jahren 1863 und 1864/65 und auf deren Verbescheidung durch den Oberstiftungsrath berufen.

In diesen Rechnungen und beziehungsweise deren Belegen finden sich nun 18 Anweisungen des den Kirchenbau beaufsichtigenden Architecten Armbruster, durch welche dem Hauptaccordanten Laumont für die jeweils vorgeschrittenen Maurer- und Steinhauerarbeiten, welche er an Baptist Rummel, beziehungsweise dessen Wittwe in Unteraccord vergeben hatte, die Gesammtsumme von 23,400 fl. angewiesen, von der Stiftungskommission zur Auszahlung dekretirt, und nach den beiliegenden Quittungen jeweils auch von dem Rechner des Baufonds an Laumont ausbezahlt worden sind, und diese Ausgaben erscheinen in den gleichen Beträgen in den Rechnungen.

In einer dieser Anweisungen vom 16. November 1863 ist nun ausdrücklich gesagt, daß dieselbe unter anderm auch erfolge für die extra bestellten Sockelquader, Fenstergewände, die sauberen Schichtenbekleidungen an den beiden Langseiten mit Randschlägen u. s. w.; dies sind aber gerade diejenigen Arbeiten, welche von den Beklagten in Abänderung des ursprünglichen Bauplanes bei der Wittwe Rummel bestellt worden sind.

Außer diesen 18 Anweisungen erfolgte sodann von der Stiftungskommission selbst unterm 30. Oktober 1864 noch eine weitere Anweisung von 1200 fl. an den Accordanten Laumont für Nacharbeiten, und auch diese Summe wurde an denselben ausbezahlt. Auch diese Anweisung für Nacharbeiten kann sich ihrer Bezeichnung nach nur auf solche Arbeiten beziehen, welche außerhalb des Accordes gefertigt worden sind, und somit, da von dem Kläger nicht behauptet ist, daß zu jener Zeit von ihm, oder dem Hauptaccordanten noch andere Nacharbeiten gefertigt worden sind, auf die hier fraglichen Extraarbeiten.

Diese Rechnungen sind aber bei dem Oberstiftungsrathe geprüft, und nach den ergangenen Rechnungsbescheiden dieser Behörde als erledigt erklärt, und namentlich bezüglich der gedachten Positionen nicht beanstandet worden.

Wenn nun die vordern Instanzen diesen Rechnungsbescheiden um deswillen keine entscheidende Wirkung beilegen wollten, weil sie nur Verfügungen der Revision seien, welche möglicher Weise dem Irrthum unterworfen, und bei einer Prüfung durch die Oberrevision wieder abgeändert werden könnten, so erscheint diese Anschauung als unrichtig; denn derartige Rechnungsbescheide gehen lediglich von dem Collegium aus, und werden unter der Unterschrift seines Vorstandes erlassen, und die Revision wirkt hierbei nur als untergeordnetes Hilfspersonal mit, sie sind daher als Entscheidungen der Behörde selbst zu betrachten.

Der Oberstiftungsrath hat daher, wenn er diese Ausgaben des Baufonds unbeanstandet passieren ließ, die

Vornahme jener Ausgaben, und damit die betreffenden Nacharbeiten selbst nachträglich genehmigt. Hiernach könnte aber auf den Grund des Mangels dieser Genehmigung eine Zahlungsweigerung, wenn diese nach dem Bisherigen überhaupt geschehen sein sollte, nicht erfolgt sein.

Die vordern Instanzen beziehen sich zwar auf einen Erlaß des Oberstiftungsraths vom 17. Mai 1867, womit ein Gesuch um nachträgliche Genehmigung der Bestellung der fraglichen Nacharbeiten abweislich verbeschieden worden sei. Allein abgesehen davon, daß diese Entschließung nicht auf Betreiben der Wittwe Rummel, also nicht ihr gegenüber, sondern auf ein Ansuchen der gegenwärtigen Mitglieder der Stiftungskommission ergangen ist, so verweigert darin der Oberstiftungsrath keineswegs definitiv die Genehmigung jener Nacharbeiten, sondern er sagt vielmehr nur, daß er zur Zeit nicht in der Lage sei, diese Nacharbeiten an der Kirche Namens des Baufonds zu vertreten; sich jedoch eine Entschließung hierwegen bis nach definitiver Erledigung des über diese Arbeiten schwebenden Rechtsstreites vorbehalte. Wenn man übrigens auch hierin eine definitive Weigerung des Oberstiftungsrathes bezüglich der Anerkennung dieser Nacharbeiten finden könnte, so hätte keinesfalls durch diesen späteren Erlaß die bereits früher erfolgte Genehmigung dieser Arbeiten wieder zurückgenommen werden können, indem hierin eine Beeinträchtigung bereits erworbener Rechte Dritter gelegen wäre.

Wenn nun der großh. Oberstiftungsrath, welcher sich in dritter Instanz in nach §. 112 der Pr.O. zulässiger Weise den Beklagten als Nebenintervenient angeschlossen hat, selbst zugesteht, daß die Schuld für die fraglichen Nacharbeiten schon durch die Verbescheidungen der Rechnungen des Baufonds im Allgemeinen, und in soweit sie sich als begründet darstellte, von ihm anerkannt worden sei, so kann in diesem Zugeständniß einer schon in den vordern Instanzen erwiesenen Thatsache keine unerlaubte Neuheit gefunden werden.

Endlich aber hat der großh. Oberstiftungsrath in der Oberappellationsbeschwerdeschrift den von den Mitgliedern der Stiftungskommission ertheilten Auftrag zur Herstellung der fraglichen Arbeiten, und die hierdurch begründete Forderung in dem, von dem Sachverständigen festgestellten Betrage von 2760 fl. 48 kr. ausdrücklich als für den Kirchenbaufond verbindlich anerkannt, und sich nur die ihm gegen diese Forderung zustehenden Einreden vorbehalten.

Durch diese vom großh. Oberstiftungsrath ertheilte ausdrückliche Genehmigung der Bestellung der Nacharbeiten durch die Beklagten sowie durch das Anerkenntniß der Schuldverbindlichkeit des Baufonds für die daraus entstandene Forderung in dem festgestellten Betrage erscheint aber der Baufond als der alleinige Schuldner der eingeklagten Forderung, und es fällt damit jeder Anspruch des Klägers auf Gewährleistung oder Entschädigung gegen die Beklagten hinweg, da die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs durch jenes Anerkenntniß beseitigt sind.

Wenn der Oberstiftungsrath bei seiner Anerkennung der Schuld dem Fond dessen Einreden gegen die klägerische Forderung vorbehalten hat, namentlich soweit sie sich auf die Tilgung derselben beziehen, so befindet er sich hierin vollkommen in seinem Rechte, da er, wenn er seiner Zeit auf den Grund seines Anerkenntnisses belangt werden sollte, auch die Befugniß haben muß, die ihm für seine Person zustehenden Einreden, in so weit sie nicht mit seinem jetzigen Anerkenntniß im Widerspruch stehen, zur Geltung zu bringen.

Diese Thatsache des Anerkenntnisses kann aber, wenn gleich erst in dritter Instanz beigebracht, dennoch von den Beklagten zu ihrer Vertheidigung gegen den Anspruch der Klage benützt werden; sie ist nämlich eine solche, welche erst nach Erlassung des Urtheils der zweiten, aber noch vor jener des Urtheils der dritten Instanz ihre Entstehung erhalten hat; derartige Thatsachen sind aber nach §. 351 verglichen mit §. 343 der Pr.O. in jeder Lage des Rechtsstreits noch zulässig. Es darf darnach nämlich in den Fällen, wo die Fälligkeit des Klaganspruchs, oder andere Voraussetzungen der Einklagung von der erst neu entstandenen Thatsache abhängig sind, diese letztere bei der Erlassung des Endurtheils noch berücksichtigt werden; es muß dies also namentlich auch von den Fällen gelten, wenn eine Thatsache, welche dem erhobenen Anspruche die Klagbarkeit entzieht, erst im Laufe der Verhandlungen, aber noch vor der Erlassung des Urtheils der betreffenden Instanz ihre Entstehung erhält.

Auf den Kostenpunkt kann jedoch diese letztere Thatsache einen für die Beklagten nachtheiligen Einfluß nicht üben, weil die erhobene Klage auch ohne Rücksicht auf dieselbe nicht begründet, beziehungsweise durch die dagegen vorgeschützte Einrede zerstört ist.

Gegenüber den Beklagten Altbürgermeister Hördt, Xaver Schmidt, der Wittwe Stolz für sich und Namens ihrer Kinder und Richard Pfetzer als Vormund der

Theresia Stolz, welche allein ein Rechtsmittel gegen die Urtheile der vordern Instanzen ergriffen haben, mußten hiernach diese Urtheile abgeändert, und die Kläger mit der erhobenen Klage unter Verfällung in sämmtliche Kosten abgewiesen werden. Red.

175.

Auf eine neue Firma gehen zwar Geschäftsschulden über, aber nicht die Verbindlichkeiten, welche einer der Theilhaber des Geschäfts gegenüber dem Theilhaber an dem früheren Geschäft bei Auflösung desselben übernommen hat. Art. 113 des allgem. d. H.G.B.

Sobald das durch die Auflösung eines Geschäfts dem einen der Theilhaber angefallene Eigenthum in ein neues Geschäft übergegangen ist, unterliegt es nicht mehr dem Zugriff der Privatgläubiger jenes in dieses Geschäft eingetretenen Theilhabers. Art. 119 des H.G.B.

Dagegen sind Vorzugs- und Unterpfandsrechte auf Liegenschaften, welche in das neue Geschäft übergegangen sind, gegen dieses gerichtlich zu verfolgen. L.R.S. 2166.

A.

In Sachen

des Kaufmanns Hektor Makenrodt in St. Petersburg, Liquidanten, Appellanten, Oberappellaten,

gegen

die Gantmasse der Firma Hetzel und Stuck in Emmendingen, Liquidatin, Appellatin, Oberappellantin,

Forderung betreffend,

hatte Liquidant seinen Anspruch auf Befriedigung mit einer Summe von 12,077 fl. 24 kr. sammt 5 pCt. Zins vom 10. Juli 1862 an — aus der Gantmasse der Firma „Hetzel und Stuck" darauf gegründet, daß das Fabrikgeschäft, das er selbst früher mit Hetzel in Gesellschaft geführt, am 1. März 1862 mit Aktiven und Passiven auf Hetzel allein übergegangen sei, Liquidant sonach für sein, ihm aus der aufgelösten Gesellschaft und aus der Auseinandersetzung der Gesellschafts-Verhältnisse erflossenes, Guthaben Gläubiger der Firma „Hetzel" und — weil am 1. Januar 1866 durch „Hetzel und Stuck" jenes Geschäft übernommen und unter neuer Firma fortgeführt worden — auch Gläubiger der letzten Firma geworden sei.

Allein durch Ganturtheil des großh. Amtsgerichts Emmendingen vom 23. Januar 1868, No. 1046, wurde unter B. V. Classe 5 Kaufmann Hektor Makenrodt in St. Petersburg, vertreten durch Anwalt Schaal in Freiburg, mit dieser Forderung von 12077 fl. 24 kr. mit 5 pCt. Zins vom 10. Juli 1862 an das Massevermögen der Firma Hetzel und Stuck in Emmendingen unter Verfällung in die Kosten der wegen dieser Liquidation entstandenen Separatverhandlung, abgewiesen, und das abändernde Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg, Appellationssenat, vom 18. Juni 1868, No. 1956, des Inhaltes:

> „Es sei Kaufmann Hektor Makenrodt mit der bezeichneten Forderung aus der Gantmasse der Firma Hetzel und Stuck in fünfter Classe, wie die übrigen Gläubiger unter A jenes Ganturtheils zu befriedigen, und habe die Gantmasse die Kosten beider Rechtszüge zu tragen; —"

auf die von der liquidatischen Gantmasse ergriffene Oberappellation am 14. November 1866 von großherzoglichem Oberhofgericht, soweit dagegen oberappellirt worden, aufgehoben und das Ganturtheil des großherzogl. Amtsgerichts Emmendingen vom 23. Januar 1868 unter Verfällung des Liquidanten in die Kosten des zweiten und dritten Rechtszuges wiederhergestellt.

In den Entscheidungsgründen ist ausgeführt:

Es handelt sich hier um die Lösung der Frage, ob die geltend gemachte Schuld als eine Geschäftsschuld erachtet werden kann, wofür die Gantfirma, wenigstens analog der Bestimmung des H.R. Art. 113 — nach dem dieser Gesetzesbestimmung unterliegenden Grundsatze — durch ihren Eintritt in das frühere Geschäft haftbar würde.

Jene Frage muß jedoch verneint werden. — Das liquidirte Guthaben ist nicht eine zum Besten oder zum Betrieb eines Geschäftes contrahirte Schuld, sondern das Ergebniß einer Gegenüberstellung von — in einem aufgelösten Geschäfte für einen bisherigen Theilhaber entstandenen — Ansprüchen und Schuldigkeiten und der dar-

über gepflogenen Abrechnung, somit eine Schuld, die durch die und nach der Auflösung eines Geschäftes erst ihre Entstehung erhielt und den Charakter einer reinen Privatschuld dessen an sich trägt, der damit belastet wird und auf den hier das bisher dem Geschäfte gewidmete Vermögen als alleiniges Eigenthum überging.

Die liquidirte Schuld ist sonach eine rein persönliche Schuld des Hetzel Sohn, wofür er gemäß den L.R.S. 2092. 2093 allerdings mit seinem ganzen Vermögen, insbesondere auch mit den zum bisherigen Geschäftsbetrieb gehörigen und etwa durch diesen erworbenen Gegenständen verhaftet ist, insoferne und insolange solche im alleinigen Eigenthum und Besitz des Schuldners sich befinden.

Dies ist nun aber bezüglich der zum früheren Geschäftsbetrieb gehörig gewesenen Vermögensstücke, die Liquidant hier zu seiner Befriedigung in Anspruch nimmt, nicht mehr der Fall; sie gingen im Jahre 1866 an die Handelsgesellschaft „Hetzel und Stuck“ als Eigenthum über, somit auf eine dritte Persönlichkeit, deren eigenthümliche Sachen von den Privatgläubigern des Gesellschafters Hetzel zu ihrer Befriedigung gemäß H.R. Art. 119 nicht in Anspruch genommen werden können.

Die Bestimmung des dem Liquidanten von Hetzel Sohn, für sein Guthaben aus der Abfindung ausgestellten Schuldscheins, daß „die Zahlung durch Waaren aus dem Fabrikgeschäft geschehen solle, — kann die Schuld selbst — wie angenommen wurde — nicht zu einer solchen des Handelsgeschäfts machen; es liegt darin lediglich nur die Bestimmung einer gewissen Tilgungsart einer bestehenden Schuld, die Anweisung bestimmter Zahlungsmittel dafür, die die Schuld selbst in ihrem Grund und Wesen für sich allein nicht ändert, die Privatschuld nicht zur Geschäftsschuld im oben angegebenen Sinn umgestalten kann.

Wenn nun Liquidant zur Begründung seines Anspruchs weiter anführte, daß er Gesellschaftsgläubiger befriedigt habe, und dadurch in die Rechte derselben eingetreten sei, — so entbehrt dies Vorbringen nicht nur der nähern thatsächlichen Begründung, sondern es verliert auch dadurch seinen Halt, daß Liquidant selbst anführt, daß er bei Auflösung und Auseinandersetzung des Geschäfts Gesellschaftsschulden auf sich genommen, und nur mehr hieran bezahlt habe, als sein Antheil an diesen Schulden betrug; Liquidant hat sonach theilweise nur seine eigene Schuld getilgt, im Uebrigen aber etwa ein Rückgriffsrecht auf Hetzel Sohn als seinen Privatschuldner erlangt, wenn er dessen durch die Auseinandersetzung festgestellten Schuldantheil bezahlt haben sollte, — an die Firma dagegen ist ein Anspruch hiedurch nicht begründet.

B.

In Sachen

des Gottlieb Hetzel, alt von Emmendingen, Liquidanten, Appellanten, Oberappellaten, Cooberappellanten

gegen

die Gantmasse Hetzel und Stuck in Emmendingen, Liquidatin, Appellatin, Oberappellantin, Cooberappellatin,

Forderung betreffend,

hatte das großh. Kreis- und Hofgericht Freiburg, Appellationssenat, am 12. Mai 1868, No. 1526, das Ganturtheil des großh. Amtsgerichts Emmendingen vom 23. Januar d. J., No. 1046, soweit es unter B. V. Classe Ziff. 10 besagte:

„Gottlieb Hetzel, alt von hier — Ersatz aus Bürgschaft und zwar bei Banquier Chr. Metz 1771 fl. 38 kr., verzinslich zu 6 pCt. vom 30. Juni 1866.

Für das Spital in Emmendingen 525 fl., verzinslich zu 5 pCt. vom 20. März 1865.

Für Frau Stengel in Emmendingen 500 fl.

Mit dem Anspruch auf die Gantmasse der Firma Hetzel und Stuck wird Liquidant wegen obiger Forderungen abgewiesen; —“

unter Ziff. III. dahin abgeändert:

Es sei Gottlieb Hetzel, alt, mit den bezeichneten Forderungen aus der Gantmasse der Firma Hetzel und Stuck in fünfter Classe, wie die übrigen Forderungen unter A. V. Classe jenes Ganturtheils zu befriedigen.“

Von Seiten der beklagten Firma wurde gegen diese Urtheilsbestimmung, wornach Liquidant Gottlieb Hetzel, alt, mit drei Forderungen aus Bürgschaft — in der Gantmasse der Firma „Hetzel und Stuck“ in V. Classe, wie die übrigen Forderungen der Gläubiger unter „A. V. Classe“ des Ganturtheils Befriedigung erhalten soll, die Oberappellation ausgeführt, von großh. Oberhofgericht aber am 12. November 1868 erkannt:

„Es sei das Urtheil des großh. Kreis- und

Hofgerichts Freiburg, Appellationssenat, vom 12. Mai d. J., No. 1526, bezüglich seiner Bestimmung unter III. — die Ansprüche aus Bürgschaft bei Banquier Chr. Metz, Spital Emmendingen und Frau Stengel in Emmendingen betr. 2c. zu bestätigen."

Entscheidungsgründe:

Die Richtigkeit der Forderungen an sich ist liquidatischer Seits zugestanden, dagegen ist die Passivlegitimation der Gantfirma bestritten, da die Schulden nicht erst seit dem 20. Januar 1866 — dem Tage des Abschlusses des zwischen Hetzel und Stuck abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages — entstanden, und weder in diesem Vertrage, — dessen §. 3 die auf die Firma allein übergehenden früheren Schulden genau bezeichnet, — noch auch in dem von der Firma erlassenen Circular vom 1. Januar 1866, noch in dem dem Vertrage zu Grunde gelegten Inventar oder in irgend einem Geschäftsbuche eingetragen, die Darleihen auch nicht für den Geschäftsbetrieb verwendet worden, somit lediglich Privatschulden des Hetzel Sohn seien.

Es ist jedoch unbestritten, daß der Letztere zur Zeit der Contrahirung der in Frage stehenden Schulden schon Fabrikant war, und es muß deßhalb gemäß H.R. Art. 274 angenommen werden, daß dieselben zum Betrieb des Geschäftes bestimmt waren, als Geschäftsschulden erscheinen. — Zur Uebernahme solcher Geschäftsschulden des bis zur Gründung der Gesellschaft „Hetzel und Stuck" von Hetzel Sohn betriebenen Fabrikgeschäfts hat sich jene Firma nun aber durch ein veröffentlichtes Circular vom 1. Januar 1866 allgemein und unbedingt verbindlich gemacht und waren dadurch den Gläubigern des früheren Geschäfts bereits Rechte begründet, als die Gesellschafter unter sich den jenes Circular modificirenden Vertrag vom 20. Januar abschlossen, der als Akt unter Dritten den bereits erworbenen Rechten keinen Eintrag thun kann.

Die Bestimmung des Circulars findet in den H.R. Art. 113 — wenn auch nicht dem Wortlaute, doch dem in demselben ausgesprochenen Grundsatze nach — eine Bestätigung für den Fall des Eintritts eines Dritten in ein bisher bestandenes Handelsgeschäft, und es hat sonach auch bei analoger Anwendung jener Gesetzesstelle der dem Circulare nachgefolgte Vertrag den frühern Gläubigern gegenüber keine rechtliche Wirkung. —

Die Firma erscheint hiernach verpflichtet, für die auf dem Geschäfte, in das sie eintrat, haftende Schuld einzutreten, und muß das hierauf lautende Urtheil II. Instanz bestätiget werden 2c.

Auch Liquidant Hetzel Vater hatte sich gegen das Urtheil II. Instanz insoweit beschwert, als dadurch unter II. das Ganturtheil in seiner Bestimmung unter B. III. Classe Ziff. 3 besagend:

„Gottlieb Hetzel, Vater, in Emmendingen, Hauskaufschilling 3000 fl., verzinslich zu $4^1/_2$ pCt. vom 19. Mai 1864 mit gesetzlichem Vorzugsrecht auf den Erlös aus dem in der Gantmasse vorhandenen Hause vom Tage des Eintrags des Kaufs im Grundbuch Band IX. S. 194b No. 14 wird Liquidant bezüglich beider Gantmassen: „Hetzel und Stuck" und: „Gottlieb Hetzel Sohn" abgewiesen,"

bestätigt wurde.

Diese Entscheidung wurde von großh. Oberhofgericht insoweit abgeändert, daß:

„Liquidant, Oberappellant, Gottlieb Hetzel, Vater, seine Befriedigung für jene Forderung mit Vorzugsrecht auf den Erlös aus dem in dem Gesellschafts-Inventar aufgenommenen Hause nicht blos in der Gantmasse des Gottlieb Hetzel, jung, sondern auch in der Gantmasse der Firma: „Hetzel und Stuck" in III. Classe anzusprechen habe."

Entscheidungsgründe.

Liquidant verlangt Befriedigung für einen Kaufschilling mit Vorzugsrecht auf Grund des L.R.S. 2103 Ziff. 1; als wesentliche Voraussetzung der Rechtsbeständigkeit dieses Anspruches erscheint sonach die Thatsache, daß der Gegenstand des Vorzugsrechts sich wirklich in dem Vermögen befinde, dem gegenüber der Anspruch erhoben wird. Dies wird nun aber als hier vorliegend nicht nur vom Liquidanten geltend gemacht, sondern es ist diese Thatsache auch vollständig dargethan durch das Inventar vom 12. Dezember 1865, welches der §. 3 des unter den beiden Gesellschaftern unterm 20. Januar 1866 abgeschlossenen Vertrages ausdrücklich als Verzeichniß der aus dem früheren Geschäfte in die neue Gesellschaft als Eigenthum übergegangenen Vermögensstücke bezeichnet. Jene — von beiden Theilen für sich angerufene — Urkunde führt auf Fol. 58 und 59 das in Frage stehende Haus unter der Bezeichnung als „Fabriklokal" und „Fabrikgebäude" mit dem Anschlage von 6900 fl.

ausdrücklich als einen auf die neue Firma übergegangenen Vermögensgegenstand an, und es ist das Inventar von beiden Gesellschaftern unterzeichnet, so daß für den behaupteten Eigenthumsübergang nach Ansicht des H.R. Art. 91 insolange eine Rechtsvermuthung begründet erscheint, als nicht das Gegentheil dargethan wird.

Dies ist aber der Gantmasse nicht gelungen, da alle von ihrer Seite dagegen vorgebrachten Momente von keiner Erheblichkeit erscheinen, insbesondere auch nicht das — an sich erheblichste — Moment, daß nämlich fragliches Haus zur Masse des Sohnes Hetzel gezogen und fortan ohne Widerspruch als deren Eigenthum behandelt worden sei, — bei dem Thatumstande für entscheidend erachtet werden kann, daß bei den Steigerungsverhandlungen es als bestritten bezeichnet wurde, „ob das zur Zeit in die Gant über das Privatvermögen des Gottlieb Hetzel gezogene Haus in diese Masse, oder jene der Firma „Hetzel und Stuck" gehöre," sowie, daß die Liquidation des Vaters Hetzel, in welcher der Eigenthumsanspruch an jenes Haus ausdrücklich gegen die Gantmasse der Firma erhoben wurde, in der That jene bestrittene Frage zur gerichtlichen Entscheidung — wie sie hier erfolgt — gebracht hat. Aus der Uebernahme des Hauses durch die Firma „Hetzel und Stuck" folgt aber auch die unbedingte Verbindlichkeit zur Abtragung der auf der bezüglichen Sache haftenden Last des Kaufschillings.

Red.

176.

Nichtigkeit einer Vollstreckung. Ueberbietungsrecht.

1) Ein Schreibfehler im Datum der Versteigerungstagfahrt, welcher sich in der Benachrichtigung an einen eingetragenen Pfandgläubiger vorfindet, gibt nicht das Recht des Pr.O. §. 952 Abs. 2 gestatteten Nachbietens.
2) Die Vorbereitungen zur Ausübung des Rechts des Nachbietens (L.R.S. 2185) müssen durch Notariatsact geschehen, und erst wenn dies erfolglos bleibt, ist gerichtliche Klage hierwegen zulässig.
3) Die Frist des §. 949 der Pr.O. gilt auch für die Nichtigkeitsklagen aus §. 856, und ist eine Nothfrist, deren Einhaltung der Richter von Amtswegen zu prüfen hat.
4) Die unterlassene Benachrichtigung von der Versteigerungstagfahrt ist keine Nichtigkeit im Sinne des §. 856, sondern gibt nur das Recht des Nachbietens, hat also bezüglich der nicht eingetragenen Pfandgläubiger keine rechtliche Bedeutung bezüglich des Versteigerungsactes.
5) Tauglichkeit des Bürgen des Steigerers muß in der Versteigerungstagfahrt selbst beanstandet werden.
6) Klage auf Nachbieten und auf Nichtigkeit der Versteigerung kann nur gegen den Steigerer angestellt werden. Untheilbarkeit dieser Klagen.

Entscheidungsgründe

zu dem rechtskräftig gewordenen Urtheile des Kreisgerichts Baden vom 9. Juli 1868 J. S. Rech und Genossen gegen Schneider und Genossen.

Die bei großh. Amtsgericht Baden unterm 1. Dezember v. J. eingereichte Klage enthält lediglich den Antrag, die Klägerinnen zum Ueberbietungsrecht gemäß L.R.S. 2185 bis 2189 zuzulassen; diese Klage wurde zwar durch Urtheil des großh. Amtsgerichts Baden vom 2. Dezember v. J. abgewiesen, dieses Urtheil aber in Folge der von der Klägerin Elise Rech ausgeführten Appellation als unzuständig erlassen wieder aufgehoben. In der bei diesseitigem Gerichtshof eingereichten Klage machte sodann nur noch die Klägerin Elise Rech von dem Rechte des Ueberbietens Gebrauch, wie denn auch das amtsgerichtliche Urtheil vom 2. Dezember der Klägerin, Magdalena Rech Ehefrau gegenüber, rechtskräftig geworden ist. Die Klägerin Elise Rech stützt ihr Nachbietungsrecht darauf, daß ihr die Nachricht über die Tagfahrt zur Versteigerung der zur Gantmasse des Karl Rech gehörigen Liegenschaften in einer Weise unrichtig zugegangen sei, daß diese Benachrichtigung als nicht geschehen zu betrachten ist, während die Elise Rech, wie von beklagter Seite zugegeben wurde, eine im Pfandbuch eingetragene Unterpfandsgläubigerin der Rech'schen Gantmasse ist.

§. 952 Abs. 2 der Pr.O.

Allein die im Orginal vorliegende Benachrichtigung der Klägerin Elise Rech von der Versteigerung der Liegenschaften der Gantmasse ist keineswegs der Art unrich-

tig, daß sie als nicht geschehen betrachtet werden müßte; nach dieser Benachrichtigung vom 30. September v. J. ist die Tagfahrt zur Liegenschaftsversteigerung auf Montag den 16. November, Nachmittags 3 Uhr angeordnet worden, während allerdings der 16. November v. J. kein Montag, sondern ein Samstag gewesen ist. Es wurde jedoch in dieser Benachrichtigung auf eine derselben beiliegende gedruckte Bekanntmachung Bezug genommen, nach welcher der Versteigerungstag auf Montag den 18. November, also auf den richtigen Tag festgesetzt war; hiernach konnte bei der Klägerin kaum ein Zweifel darüber bestehen, daß die Versteigerung am Montag den 18. November stattfinden solle.

Wäre sie aber dennoch über den wirklichen Versteigerungstag in Ungewißheit geblieben, so hätte sie hinlänglich Zeit gehabt, da ihr die Benachrichtigung schon am 16. Oktober zugestellt worden war, ihre Bedenken über den angesetzten Versteigerungstag durch Erkundigung bei dem Vollstreckungsbeamten zu beseitigen. Arg. §. 856 der Pr.O. und Annalen XXX. Seite 24. Hiernach hielt der Gerichtshof die erfolgte Benachrichtigung von der Versteigerung, wenn dieselbe auch etwas mangelhaft gewesen ist, doch keineswegs für nichtig und kann daher die Klägerin Elise Rech, wegen angeblich nicht erfolgter Benachrichtigung an sie, von dem Rechte des Nachbietens keinen Gebrauch machen. L.R.S. 6 k. Dasselbe gilt auch hinsichtlich der Klägerin Magdalena Rech Ehefrau, welche die Rechte der Gläubiger Maier und Comp., für deren Forderung sie die Sammtverbindlichkeit übernommen haben will, geltend machte, da diesen Gläubigern dieselbe unrichtige Benachrichtigung zuging, wie der Klägerin Elise Rech. Andererseits kann die Klägerin Magdalena Rech Ehefrau das Nachbietungsrecht nicht darauf stützen, daß ihr als Gantgläubigerin gar keine Benachrichtigung von der Versteigerung zugegangen sei, da ihr Unterpfandsrecht, wie sie selbst zugibt, in dem Pfandbuche nicht eingetragen worden ist.

Ueberdies stellt sich die erhobene Klage auf Zulassung zum Ueberbietungsrecht formell als unzulässig dar, indem, wie in der Praxis anerkannt ist, die in den L.R.S. 2185 bis 2189 bei Vermeidung der Nichtigkeit vorgeschriebenen Mittheilungen und Eröffnungen Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind, und daher nicht durch die Gerichte, sondern durch den Notar vorgenommen werden müssen; erst wenn diese Eröffnungen ohne Erfolg geblieben sind, kann von einer Rechtsverletzung, beziehungsweise von der Erhebung einer gerichtlichen Klage die Rede sein. Da aber in dem vorliegenden Falle die als Vorbedingung der Klage auf Zulassung zum Ueberbietungsrecht aufzufassenden Vorschriften des L.R.S. 2185 vor Anstellung der Klage nicht erfüllt worden sind, so erscheint dieselbe als unzulässig. Annalen XX. S. 358.

Außer der obigen Klage auf Zulassung zum Ueberbietungsrecht wurde unterm 8. Juni l. J von den Klägerinnen eine neue Klage eingereicht, in welcher die am 18. November v. J. stattgehabte Versteigerung der Liegenschaften der Rech'schen Gantmasse als nichtig angefochten wird. Diese Klage erscheint vor Allem gemäß §. 949 der Pr.O. als verspätet, da dieselbe, als mit der Klage wegen Ueberbietungsrechts außer Zusammenhang, nach ihrer eigenen Erhebungszeit beurtheilt werden muß, demnach weit später als innerhalb 4 Wochen nach dem am 18. Novbr. v. J. erfolgten Zuschlag angestellt worden ist und da diese Frist auch für die in §. 856 vorgesehenen Fälle gilt (Ann. XXX. S. 24) und als eine Nothfrist aufzufassen ist, welche der Richter von Amtswegen zu berücksichtigen hat. Annalen XXII. S. 182 Ziff. 3. Zudem stellt sich aber auch die Nichtigkeitsklage als materiell unbegründet dar; soweit dieselbe darauf gegründet wird, daß die Benachrichtigung von der Versteigerung an die Klägerin Elise Rech und an die Gantgläubiger Maier und Comp. als nicht geschehen zu betrachten sei, so ist schon oben die Unbegründetheit dieses Klagfundaments ausgeführt worden. Die Klägerin Magdalena Rech Ehefrau kann sich auch nicht darauf berufen, daß ihr als Gantgläubigerin gar keine Benachrichtigung von der Versteigerung zugegangen ist. Das ihr zustehende, gesetzliche Unterpfandsrecht wurde nämlich nicht in dem Pfandbuch eingetragen, und wenn nun auch in §. 931 vorgeschrieben ist, daß die Ankündigung des Versteigerungstages auch dem mit uneingetragenem Pfandrecht versehenen Gläubiger bekannt gemacht werden soll, so kann doch die Unterlassung dieser Ankündigung nicht als eine wesentliche Verletzung des Versteigerungsverfahrens aufgefaßt werden. Einmal hat nämlich der Gläubiger durch Unterlassung des Eintrags seines Unterpfandsrechtes selbst verschuldet, daß ihm die Ankündigung von der Versteigerung nicht gemacht worden ist: sodann aber ergibt sich aus §. 952 Abs. 1 und 2, daß nur die Unterlassung der Benachrichtigung der vor der Versteigerungsverfügung eingetragenen Gläubiger — zu Gunsten dieser, rechtliche Folgen hat, da gerade nur diese Gläubiger von dem Nachbie-

tungsrecht Gebrauch machen können, während dagegen die nichteingetragenen Vorzugs- und Unterpfandsrechte auch dann erlöschen, wenn die damit versehenen Gläubiger nicht von dem Versteigerungstag benachrichtigt worden sind. Daraus ergibt sich aber klar, daß diese Gläubiger sich nicht auf die Unterlassung dieser Bekanntmachung berufen können. Ueberhaupt gehört die Unterlassung der Benachrichtigung der Unterpfandsgläubiger von der Versteigerungstagfahrt gar nicht zu den Förmlichkeiten, welche im Fall der Nichtbeachtung das Geschäft nach Pr.O. §. 856 nichtig machen, weil das Gesetz in §. 952 Abs. 2 die Folgen einer solchen Verletzung selbst ordnet, indem es den eingetragenen Pfandgläubigern und nur diesen das alleinige Recht des Nachbietens gestattet, also damit jede andere Anfechtung des Aktes aus solchem Grunde ausschließt.

Schließlich machen die Klägerinnen zur Begründung der Nichtigkeitsklage noch geltend, daß der Bürge des beklagten Steigerers Müller Schneider, nämlich dessen Bruder Alexander Schneider kein tauglicher Bürge im Sinne von L.R.S. 2018 und 2019 sei, da er kein liegenschaftliches Vermögen besitze.

Es ist nun allerdings in die Versteigerungsbedingungen aufgenommen worden, daß der Steigerer auf Verlangen der Betheiligten einen zahlungsfähigen Bürgen zu stellen habe; allein abgesehen davon, daß inhaltlich des Steigerungsprotokolls die Stellung eines Bürgen nicht ausdrücklich verlangt wurde, und nach den unbestrittenen Vermögensverhältnissen des Müllers Schneider auch nicht der Fall des §. 941 der Pr.O. vorliegt, so ist überdies in dem Steigerungsprotokoll beurkundet, daß gegen die Eigenschaft des Bürgen Alexander Schneider von keiner Seite ein Anstand erhoben worden ist. Demnach hatte der Vollstreckungsbeamte keinen Anlaß zu prüfen, ob der Bürge die Eigenschaften des L.R.S. 2019 besitze, weßhalb darauf nicht nachträglich zurückgegriffen werden kann, indem der Natur der Sache nach solche Erörterungen nur aus besonderen Gründen angestellt werden.

Nach dem Obigen erscheint die erhobene Klage hinfällig, es mußte dieselbe daher abgewiesen werden; daran ändert auch der Umstand nichts, daß die mitbeklagte Gantmasse sich dem Begehren des Klägers angeschlossen hat, da sie gar nicht die rechte Beklagte ist, sondern nur der Steigerer (Oberhofgericht in Annalen 33 S. 285), und abgesehen hievon die Beurtheilung der Klage nicht getheilt werden kann.

Dr. Puchelt.

177.

Ueber Einsprachen im Vollstreckungsverfahren. (Gegen den Verweisungsentwurf.)

§§. 853. 967 der Pr.O.

In Sachen

des Joseph Hogg und Comp. in Löffingen, Kläger, Einsprachsbeklagte, Appellaten, Oberappellaten

gegen

Thomas Sauter in Constanz, Beklagten, Forderung und Unterpfandsabtretung,

hier

Einsprache der Karoline Sauter in Constanz, Einsprachsklägerin, Appellantin, Oberappellantin,

gegen die Verweisung.

Gegen den Entwurf der Verweisung des betreibenden Gläubigers auf den Erlös aus den Liegenschaften des Thomas Sauter hatte dessen Schwester Karoline Einsprache erhoben, behauptet, sie habe die Schuld ihres Bruders an Hogg und Comp. bezahlt und sei durch diese Zahlung in die Rechte des Gläubigers eingetreten, und verlangt, daß sie an dessen Stelle auf den Erlös der von ihr gesteigerten Liegenschaften verwiesen werde.

In den vordern Instanzen war sie mit diesem Gesuche abgewiesen worden. Ihre Beschwerde gegen diese Entscheidung erschien dem großh. Oberhofgericht nicht als begründet, welches in den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 7. Juli 1868 aussprach:

„Im Vollstreckungsverfahren und mit der Wirkung, daß es dem betreibenden Gläubiger gegenüber eingestellt werde, kann sich der Schuldner nur auf solche Zahlungen, die er selbst oder ein Dritter für ihn leistete, berufen, welche auf den Schuldbetrag, wegen dessen die Vollstreckung zu vollziehen ist und zwar erst nach dem Urtheil geleistet wurden und nur wenn dies, wie §. 582 unter Ziff. 1 (verglichen mit 2) der Pr.O. zur Verhütung von Verschleppungen

vorschreibt, *urkundlich nachgewiesen* wird. Jene Eigenschaften der von ihr angeblich geleisteten Zahlungen hat aber die Oberappellantin in ihrer Einsprache nicht behauptet und diese Nachweisung hat sie unterlassen.

Um den betreibenden Gläubiger durch die Behauptung, sie sei in das Unterpfandsrecht desselben nach L.R.S. 1251. 3 eingetreten, bei Vertheilung des Erlöses zu verdrängen, mußte Karoline Sauter nach §. 853. 5 verglichen mit §. 967. 1 der Pr.O. behaupten und bescheinigen, daß *sie* den betreibenden Gläubiger *bezahlt* und *für die gezahlte Forderung* mit dem — oder für den Schuldner *gehaftet* habe, L.R.S. 1251. 3 verglichen mit Abs. 2 des L.R.S. 1236, denn nur unter dieser Voraussetzung wäre sie *Kraft Gesetzes* in das Unterpfandsrecht des befriedigten Gläubigers *eingetreten*. Auch an dieser thatsächlichen Begründung und Bescheinigung gebricht es der Einsprache; die Oberappellantin erscheint daher im Vollstreckungsverfahren nicht befugt, die von dem Gläubiger durch gerichtliche Betreibung seiner Forderung erworbenen Rechte statt desselben auszuüben." Red.

178.

Zur Strafrechtspflege.

XX.

Fall der widerrechtlichen Gefangenhaltung mit Erschwerung. Str.G.B. §. 275. 276.

Merkmale dieses Vergehens.

Bei der Auslegung und Anwendung des §. 275 des Str.G.B., worin der Begriff der widerrechtlichen Gefangenhaltung bestimmt ist, erscheint besondere Vorsicht geboten, da die allgemeine Fassung der gesetzlichen Begriffsbestimmung leicht zu Irrungen und Mißgriffen führen kann, wie widerholte Erfahrungen gezeigt haben.

Man vergleiche die in Band 31 S. 308 und Band 33 S. 334 der Annalen mitgetheilten Fälle.[1])

Vorzüglich muß man sich hüten, den §. 275 auf solche Fälle anzuwenden, in denen das wesentlich zu betonende Merkmal der *Widerrechtlichkeit* im Sinne des Gesetzes fehlt, auf der anderen Seite aber muß man sich auch hüten, durch Unterscheidungen die im Gesetz nicht begründet sind, solche Fälle, welche ihrer Natur gemäß darunter gehören, von der Anwendung des Gesetzes auszuschließen.

Was das Merkmal der *Widerrechtlichkeit* betrifft, so spricht das Gesetz nur kurzweg von *widerrechtlicher Absicht*; es ist jedoch nach richtiger Auffassung des zu Grunde liegenden Vergehensbegriffes nicht zu bezweifeln, daß sowohl die *Gefangenhaltung*, (die Handlung) an sich, als auch die *Absicht des Thäters* den Charakter der Widerrechtlichkeit an sich tragen muß, und daß der einfache Vorsatz zur Begehung der an sich rechtswidrigen That noch nicht genügt, sondern der Thäter auch mit dem *Bewußtsein der Widerrechtlichkeit der beabsichtigten That* gehandelt haben muß.[2]) In diesem Sinne hat das Oberhofgericht in den beiden obenangeführten Fällen entschieden.

In einem andern jüngst zur Entscheidung gekommenen Falle dagegen hat der oberste Gerichtshof das Vorhandensein aller nothwendigen Merkmale des fraglichen Vergehens, ungeachtet der in dieser Beziehung vorgebrachten Beanstandungen, angenommen.

Der Vorgang, um den es sich hiebei handelte, bestand nach Ausweis der richterlichen Feststellung im Wesentlichen in Folgendem:

Die Angeklagten, Johann Georg B....... von Krozingen und seine Ehefrau, welche mit den Eltern der Ehefrau das nämliche Haus bewohnten, lebten mit der

---

[1]) In dem *einen* Falle hatte ein Dienstherr sein vertragswidrig weggelaufenes wieder erschienenes Dienstmädchen eingeschlossen und sich sofort zu den Behörden begeben, um obrigkeitliche Hilfe gegen sie zu erwirken. In dem *anderen* Falle hatte ein Gutsbesitzer, sonst als Kinderfreund bekannt und allgemein geachtet, ein mit anderen Kinder bei einem Gartenfrevel ertapptes zwölfjähriges Mädchen zur Strafe 2½ Stunden eingesperrt gehalten.

[2]) Vergleiche die im Folgenden angegebene *Literatur*, und für das *badische Recht* insbesondere die *Anmerkungen der Gesetzgebungscommission* zum betreffenden §. 275 (§. 250 des Entwurfs). Ferner ist *Oppenhoff*, Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten, §. 210 Note 1 — 3 zu vergleichen.

Das *preußische Strafgesetzbuch* bezeichnet in §. 211 ausdrücklich einige besondere Fälle der Freiheitsberaubung, welche *nicht* als *widerrechtliche* anzusehen sind, wie die Ergreifung eines Verdächtigen unter bestimmten Voraussetzungen, die nothwendige Fürsorge für einen Geisteskranken. Vergleiche hiemit §. 93 des *österreichischen* Str.G.B. Verschiedene deutsche Strafgesetzbücher enthalten besondere Bestimmungen wegen der Einsperrung mit Mißbrauch des Züchtigungsrechts, wie namentlich das von *Braunschweig* §. 170, *Thüringen* Art 151, *Königreich Sachsen* Art. 199.

Mutter der Letzteren, Schwiegermutter des Ersteren, in Unfrieden, und hatten öfters Streit mit derselben. Wenn es nach den vorliegenden Erhebungen glaublich erschien, daß die Mutter der Ehefrau B....... etwas dem Trunk ergeben war, so machte sich dagegen, nach dem Zeugniß des Pfarramts, auf Seiten der Angeklagten, die sehr am Vermögen hingen, die Besorgniß, durch das Trinken der Mutter an Hab und Gut verkürzt zu werden, bemerkbar, und die Tochter schien roher Natur zu sein und ihrer kindlichen Pflicht wenig zu gedenken, während die Mutter, wenn sie zu viel getrunken hatte (was nach der Versicherung einer Zeugin in den letzten Jahren weniger vorkam) sich unartig und ungebührlich benommen haben soll. Wer jeweils die Streitigkeiten veranlaßte, war indessen nicht festzustellen.

Am 22. Juni 1868 kam es wieder zu einem solchen Streit zwischen Mutter und Tochter. Jede von Beiden behauptete, die Andere habe ihn angefangen. Ohne besondere Veranlassung mischte sich der Angeklagte in diesen Streit, faßte seine Schwiegermutter mit beiden Armen um die Brust, schleifte sie ungeachtet ihres Sträubens und Hilferufens in den Hof hinaus, wo er sie hinwarf oder fallen ließ, hierauf aber mit dem ausgesprochenen Vorsatz, sie in den Schweinstall sperren zu wollen, bis zum Schweinstall weiter schleifte, in diesen Stall, worin sich zwei Schweine befanden, hineinstieß, und die Thüre verriegelte.

Das Schreien und Hilferufen der Eingesperrten blieb damals ohne Erfolg, da der Angeklagte sich entfernte. Erst auf das Herbeikommen mehrerer Nachbarn und des dazu gerufenen Bürgermeisters, nachdem ein vergeblicher Versuch zur Entriegelung der Schweinstallthüre von Einem der Ersteren gemacht worden war, verstand sich der Angeklagte dazu, die Thüre zu öffnen. Etwa $1/2$ bis 1 Stunde (nach Behauptung des Angeklagten nur 1 Viertelstunde) hatte die Einsperrung gedauert, als die Eingesperrte damals mit zerzausten Haaren und Kleidern und von Angst sichtlich angegriffen, herauskam.[2]) Durch das feste Anfassen, Fortschleifen, Fallenlassen u. s. w., hatte dieselbe eine Reihe von Verletzungen erlitten, die zumal in Verbindung mit dem ausgestandenen Schrecken eine Körperverletzung mit Krankheit von 5 Tagen und Arbeitsunfähigkeit von 13 Tagen zur Folge hatte.

Die mitangeklagte Ehefrau ließ sich bei obigem Vorgang Handlungen zu Schulden kommen, die sich als Beihilfe im Sinne des Str.G.B. §. 135 Ziff. 1 darstellten, insbesondere jagte sie unter Anderm ihre kleinen Mädchen, als sie weinend und händeringend um Schonung der Großmutter baten, in das Haus zurück.

Daß die Letztere bei dem Vorgang betrunken war, bestätigte sich nicht. Der Angeklagte berief sich darauf, daß er dieses gemeint habe, und behauptete, daß ihm sein Schwiegervater erlaubt habe, dieselbe, wenn sie betrunken wieder Händel anfange, in den Schweinstall einzusperren, was der Schwiegervater, der sich entschieden auf die Seite der beiden Angeklagten stellte, in wenig glaubhafter Weise bestätigte.

Auf Grund dieses Vorgangs wurde durch die Strafkammer in Freiburg der Angeklagte der widerrechtlichen, unter dem Erschwerungsgrund des Str.G.B. §. 276 Ziff. 2 verübten Gefangenhaltung seiner Schwiegermutter und zugleich der vorsätzlichen im Affect und wiederholt verübten Körperverletzung derselben (es lag ihm auch eine frühere rohe Körperverletzung ebenderselben zur Last), seine mitangeklagte Ehefrau aber der Beihilfe zu dem ersterwähnten Vergehen für schuldig erklärt und Ersterer zu vier Monaten, Letztere zu acht Wochen Kreisgefängniß verurtheilt.

Gegen die Verurtheilung wegen widerrechtlicher Gefangenhaltung ergriffen beide Verurtheilten das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde, indem sie geltend machten, der Gerichtshof habe bei der Urtheilsfällung das Gesetz unrichtig ausgelegt, es fehle am Thatbestand des in Str.G.B. §. 275 vorgesehenen Vergehens, da die als widerrechtliche Gefangenhaltung aufgefaßte Verbringung der Schwiegermutter (Mutter) in den Schweinstall nur als eine Mißhandlung zu betrachten sei, in deren Gefolge Jene die widerrechtliche Körperverletzung erlitten habe, und da wesentliche Merkmale des erstgenannten Vergehens dabei mangelten.

Das Oberhofgericht verwarf jedoch durch Erkenntniß vom 21. November 1868 ihre Beschwerde und rechtfertigte diese Entscheidung durch die hier anzufügenden

Gründe:

Die von beiden Verurtheilten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, welche sich nur auf das Vergehen der wider-

[2]) Daß der Angeklagte die Absicht hatte, seine Schwiegermutter längere Zeit, mindestens bis zur Heimkehr ihres Ehemannes eingesperrt zu halten, ließ sich aus einer Aeußerung desselben entnehmen.

rechtlichen Gefangenhaltung bezieht, stellt sich als unbegründet dar.

Es liegt nämlich in keiner Hinsicht eine unrichtige Auslegung des Gesetzes im Sinne des §. 373 Ziff. 7 der Str.P.O. vor, da die nach der strafrichterlichen Feststellung vom Angeklagten B....... unter Beihilfe seiner Ehefrau verübte That, die Einsperrung seiner Schwiegermutter ... im Schweinstall, alle wesentlichen Merkmale des in Str.G.B. §. 275 vorgesehenen Vergehens an sich trägt

Dieses Vergehen erfordert nach den Worten des §. 275, daß der Thäter einen Anderen in widerrechtlicher Absicht einsperrte oder auf andere Weise gefangen hielt, wobei vorausgesetzt wird, daß die That nicht in ein schwereres Verbrechen übergeht.[4])

Als eine solche Einsperrung erscheint aber die festgestellte That nach Beschaffenheit der Umstände unzweifelhaft. Eine längere Dauer der widerrechtlichen Freiheitsberaubung ist gesetzlich keineswegs erforderlich, wie sich schon aus der Wortfassung der Ziffer 1 des mehrgenannten §. 275 und aus einer richtigen Auffassung des zu Grunde liegenden Begriffes des fraglichen Vergehens ergibt. Es kommt daher hinsichtlich des Thatbestandes nichts darauf an, ob die Einsperrung nur eine halbe oder nur eine Viertelstunde gewährt hat.[5])

Ebensowenig ist gesetzlich erforderlich, daß die Eingesperrte, deren Freilassung übrigens nur in Folge des Herbeikommens der Nachbarn und des herbeigerufenen Bürgermeisters geschah, dem Schutze des Staats, jeder Möglichkeit, etwa durch Schreien und dergleichen Hilfe zu erlangen, völlig entzogen wurde, und noch weniger, daß dieselbe hiedurch zu einer besondern Handlung, Duldung oder Unterlassung genöthigt wurde[6]), welches Erforderniß nur bei dem von dem Vergehen der widerrechtlichen Gefangenhaltung verschiedenen und hievon wesentlich zu trennenden Vergehen der Gewaltthätigkeit, gemäß Str.G.B. §. 278, vorgezeichnet ist.

Was das Erforderniß der Widerrechtlichkeit der Freiheitsberaubung und der widerrechtlichen Absicht des Thäters betrifft, so ist zwar anzuerkennen, daß in dieser Beziehung eine genauere Prüfung der besondern Umstände des Falles nöthig erscheint. Es ist namentlich richtig, daß z. B. die Festhaltung eines vermeintlichen Diebes, die Einsperrung eines Wahnsinnigen in dessen eigenem Interesse, die Einsperrung durch Eltern, Lehrer, Erzieher in Ausübung eines erlaubten Züchtigungsrechtes und dergl. nicht unter die Strafbestimmung des §. 275 des Str.G.B. fällt (vergleiche die Anmerkungen der Gesetzgebungscommission zu §. 250 des Entwurfs des Str.G.B., jetzt §. 275, und den Commissionsbericht der I. Kammer[7]), und daß auch der einfache Vorsatz zu der gesetzlich nicht gerechtfertigten Gefangenhaltung nicht genügt, sondern die widerrechtliche Absicht, die mit Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verbundene Willensrichtung auf die widerrechtliche Handlung, hiebei erfordert wird.

Nach diesen Grundsätzen hat der diesseitige Gerichtshof bereits in verschiedenen früheren Fällen entschieden.

Annalen, Band 31 S. 308—309, Band 33 S. 344.

Dieselben stehen auch im Einklang mit richtigen Grundsätzen der Rechtswissenschaft.

Häberlin, Grundsätze des Criminalrechts, Band III. §. 113 Ziff. 2. 3. 4. 5.

Berner, deutsches Strafrecht §. 170.

v. Jagemann, Criminallexikon S. 338. 339 zu Nr. 1—3.

In dem hier vorliegenden Falle sind jedoch alle gesetzlichen Voraussetzungen strafbarer widerrechtlicher Gefangenhaltung in vollem Maaße vorhanden. Umstände der oben angedeuteten Art, welche die Rechtswidrigkeit

---

[4]) Das Vergehen ist nur ein sogenanntes Aushilfsvergehen (ein subsidiäres), wie auch das Vergehen der Gewaltthätigkeit. (Str.G.B. §. 278.)

[5]) Häberlin, Band III. §. 113 Ziff. 5. Berner, Strafrecht §. 170 am Schlusse, v. Jagemann, Criminallexicon S. 393 zu 3. Siehe auch Puchelt, Strafgesetzbuch §. 275 Note 5.

Wenn etwa in einem besonderen Falle die Freiheitsberaubung von so ganz unerheblicher Art und Größe wäre, daß der Begriff einer wirklichen Freiheitsberaubung im Sinne des Gesetzes gar nicht angenommen werden könnte, würde sich die Sache allerdings nach Umständen wohl anders gestalten können.

[6]) Häberlin a. a. Orte Ziff. 2, Criminallexicon deßgleichen zu 3, Oppenhoff, Strafgesetzbuch a. a. Orte Note 3.

[7]) Vergleiche Thilo, Str.G.B. §. 275 Note 1 und 3. Der Ausdruck „erlaubtes Züchtigungsrecht", in welchem der Beisatz „erlaubt" insofern, als ein Recht der Züchtigung schon den Begriff des Erlaubten in sich schließt, als überflüssig erscheinen könnte, kommt in den angeführten Motiven der Gesetzgebungskommission selbst vor. Es soll damit in unzweideutiger Weise ein gesetzlich anerkanntes oder gebilligtes Züchtigungsrecht bezeichnet werden.

oder die widerrechtliche Absicht auszuschließen geeignet erscheinen, liegen überall nicht vor. Die Rechtswidrigkeit der mit großer Rohheit und Schonungslosigkeit an der Schwiegermutter verübten That liegt klar am Tage. Von einem erlaubten Züchtigungsrecht kann (ganz abgesehen davon, daß die behauptete Betrunkenheit der Schwiegermutter ebensowenig als der Beginn des Streits von ihrer Seite als festgestellt gelten kann) hier nicht die Rede sein. Die behauptete Ermächtigung zur Züchtigung durch den Schwiegervater selbst ist gleichfalls nicht als genügend hergestellt zu betrachten, jedenfalls aber auch rechtlich von gar keiner erheblichen Bedeutung, selbst wenn der Fall, für den sie in bedingter Weise ertheilt worden sein soll, eingetreten wäre, was aber nach Inhalt der Feststellung nicht einmal anzunehmen ist.

Hiernach ist die vorgebrachte Beschwerde in jeder Beziehung unbegründet und demgemäß, unter Verfällung der beiden Verurtheilten in die durch das Rechtsmittel verursachten Kosten nach Str.P.O. §. 426, zu verwerfen.

Die in Str.G.B. §. 276 Ziff. 2, womit §. 277 zu vergleichen ist, begründete Erschwerung und das Vorhandensein der Voraussetzungen der Beihilfe bezüglich der Ehefrau B....... ist nicht Gegenstand der Beschwerde und ebenso wie die Bestimmung der Strafe nach Str.G.B. §. 170 ff., beziehungsweise §. 277 hier nicht weiter zu prüfen *).

E. Brauer.

179.

Durch die einfache Thatsache, daß der Gläubiger in der Gant des Schuldners einem Nachlaßvergleich beitritt, wird der Bürge seiner Verbindlichkeit nicht los, sondern dieser kann nur dann als befreit angesehen werden, wenn er darthun kann, daß durch die getroffene Vereinbarung dem gemeinsamen Interesse zuwider das bestehende Recht preisgegeben sei.

L.R.S. 1287. 2037.

In Sachen
des Adam Birnstiel in Weinheim, Klägers, Appellaten, Oberappellaten
gegen
den Wirth Karl Theodor Eberle von da, Beklagten, Appellanten, Oberappellanten,
Forderung betreffend.

Beklagter, aus der Bürgschaft, die er anerkanntermaßen für die von Jakob Haag an den Kläger schuldig gewordenen Posten von 750 fl. vom 22. Februar 1864 und von 600 fl. vom 26. März 1864, sowohl bei der Entstehung dieser Schuldposten als auch neuerdings in dem Uebereinkommen vom 30. Oktober 1864 übernommen hatte, auf Zahlung dieser Beträge belangt, hat der Klage die Einrede entgegen gehalten, daß seine Bürgschaftsverbindlichkeit dadurch erloschen sei, daß der Gläubiger, jetziger Kläger, in der Gant des Hauptschuldners Jakob Haag dem dortigen Nachlaßvergleiche vom 30. November 1864 beigetreten sei. Er fand sich beschwert, daß dieser Einrede in den Vorderinstanzen keine Folge gegeben wurde; seine Beschwerde erschien aber dem großh. Oberhofgerichte nicht als begründet, welches in den Entscheidungsgründen zu seinem Urtheil vom 24. November 1868 über jene Einrede sich dahin aussprach:

„Man kann schon im Allgemeinen die Vorschrift des L.R.S. 1287 nicht schlechtbin für Nachlaßvergleiche, die in der Gant des Hauptschuldners stattfinden, geltend machen. Die im gemeinen Recht vielfach erörterte Lex 58 §. 1 Dig. Mandati vel contra (17. 1), welche der freiwilligen Zustimmung des Gläubigers einer überschuldeten Verlassenschaft zu einem deßfallsigen Nachlaßvergleich die Wirkung der Befreiung des Bürgen von seiner Bürgschaftsverbindlichkeit beilegt, — betrifft an sich nur diesen speziellen Fall, und steht zugleich im Zusammenhange mit Eigenthümlichkeiten der damaligen Gesetzgebung, kann daher jetzt nicht mehr als unbedingt maßgebend betrachtet werden. Nach der Natur der Sache ist es der, bereits bei der Ganteröffnung vorhandene, von dem Willen des Gläubigers unabhängige, Umstand der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners, wodurch Ersterer in die Lage versetzt

---

*) Die Strafkammer bezog sich in ihren Entscheidungsgründen auf die §§. 275. 276 Ziff 2, 232 Ziff. 3, 225 Ziff. 5, 136. 137 Abs. 2 170 ff., 150—152 des Str.G.B.; der §. 277 des Str.G.B., welcher in seinem Anfang allerdings nur auf §. 225 Nr. 1. 2. 3 und 4, nicht auch auf Nr. 5 hinweist, wurde darin nicht angezogen. Vergl. übrigens die Bemerkungen 1. 2. 3 zu dem nach Fassung und Gehalt bedenklich erscheinenden §. 277 in Puchelt's Str.G.Buch.

Uebrigens erschien die erkannte Strafe jedenfalls nicht zu hoch und die Erschwerung des §. 276 Ziff. 2 unzweifelhaft vorhanden.

ist, einen Theil seiner Forderung zurücklassen zu müssen, und durch eben diesen Umstand ist dann für den Bürgen der Fall eingetreten, für den Hauptschuldner einstehen zu müssen.

L.R.S. 2021.

Bei nachfolgenden Vereinbarungen über die Verwerthung und Vertheilung des Massevermögens — sollten diese auch als sogenannte Nachlaßvergleiche bezeichnet werden, ist der Gläubiger in der Regel von der Absicht geleitet, den schon durch den Stand des Massevermögens bedingten Verlust nicht noch durch die Kosten eines weitläufigen Gantverfahrens und dergleichen zu vergrößern, oder auch, wenn eine dritte nicht verbindliche Person, wie im vorwürfigen Falle die Ehefrau, für den Gantmann intercedirt, einen Theil des sonst drohenden Verlustes abzuwenden, — was mittelbar auch dem Bürgen zum Vortheil gereicht.

Es kann daher aus dem Beitritt des Gläubigers zu einer solchen Vereinbarung nicht an sich schon die Aufhebung der Verbindlichkeit des Bürgen abgeleitet werden; es müßte vielmehr, um dies hieraus zu folgern, bestimmt behauptet und dargethan werden, daß jene Vereinbarung in einer Art getroffen worden sei, wodurch dem gemeinsamen Interesse zuwider gehandelt und das vorhandene Recht preisgegeben worden sei.

Oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. XIII. S. 140 bis 144.

Es würde hiebei auch der Umstand in Anschlag kommen, daß während dem Bürgen nach der früheren Gesetzgebung die Betreibung der Forderung gegen den Hauptschuldner nur durch Anwendung des beneficium cedendarum actionum möglich war, demselben nun diese Möglichkeit für den Fall der Vergantung des Hauptschuldners schon Kraft Gesetzes in L.R.S. 1232 Ziff. 2 verliehen ist, und er daher aus einem von Seite des Gläubigers in jener Gant gethanen Schritte nicht leicht seine eigene Befreiung von der Bürgschaftsverbindlichkeit würde ableiten können, sofern es in seiner Hand gelegen war, einer Gefährdung seines Interesse durch eigenes Austreten in der Gant vorzubeugen.

Man vergleiche Oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. XIII. S. 146.

Während aber die Einrede des Beklagten in letzterer Richtung nicht näher begründet worden ist, so liegt anderseits in dem Uebereinkommen vom 30. Oktober 1864 der ausdrückliche Vorbehalt der Fortdauer der Verbindlichkeit des beklagten Bürgen zu Gunsten des Gläubigers, jetzigen Klägers rc. Red.

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Januar 1869. No. 11.

Anzeige.

Mit No. 24 wird das zweite Semester des Jahres 1868, und damit der **XXXIV.** Band der Annalen geschlossen.

Auch künftig wird in den Beilagen die Tagesordnung des Oberhofgerichts mitgetheilt werden.

Die großherzoglichen Postämter wie die Buchhandlungen sind in den Stand gesetzt, die Zeitschrift ohne Preiserhöhung zu liefern und wollen die Bestellungen auf das erste Semester des Jahres 1869 gefälligst bald gemacht werden.

Mannheim im November 1868.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1868. Band XXXIV. No. 11.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Januar 1869.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Dienstag den 5. Januar.	
115	Traumann gegen Frei. — Forderung.	Fürst. — Grimm.
	Donnerstag den 7. Januar.	
105	Gallinger gegen Trösch. — Kaufanerkennung.	Effer.
111	Veit gegen Hirsch. — Vermögensübergabe.	Kusel. — Strauß.
	Dienstag den 7. Januar.	
113	Ermert gegen Fleischmann. — Forderung.	Wengler.
117	Bruder gegen Gebhard. — Vermögensübergabe.	Effer. — Geißmar.
	Donnerstag den 14. Januar.	
101	Koch gegen Riester. — Forderung.	v. Engelberg. — Geißmar.
140	Göldner gegen Engelhard. — Forderung.	Mayer. — A. Gutmann.
	Dienstag den 19. Januar.	
129 131	Kieninger gegen Hug. Haas. — Pfandrecht.	Effer. — Friedmann.
103	Betz gegen Wülk. — Erbtheilung.	Schulz. — Hörst.
	Donnerstag den 21. Januar.	
116	v. Sparre gegen Fiscus. — Eigenthumseingriff.	Bertheau. — Wedekind.
	Dienstag den 26. Januar.	
64	Eckert gegen Billharz. — Forderung.	Wedekind. — Eckhard.
98	Jäger gegen Roth. — Vertragsauflösung.	Schulz.
	Donnerstag den 28. Januar.	
104	Johmann gegen Rumm. — Forderung.	Schenkh. — Bracht.
112	Hauk gegen Hauk. — Vermögensabsonderung.	Zutt. — Schenkh.

Soeben ist in der Buchhandlung von J. Bensheimer in Mannheim eingetroffen:

Die I. Hälfte des XII. Bandes von

Cours de Code civil

par

C. Demolombe.

Lorsque M. Demolombe publia, en 1846, le premier volume de son Cours de droit civil, nous n'hésitâmes pas à enrichir de cet ouvrage important la collection belge des jurisconsultes étrangers. Le succès du livre a grandi de volume en volume. Le savant professeur de Caen est placé aujourd'hui au premier rang des sommités de la science; aussi le gouvernement français lui a-t-il offert récemment un siége à la cour de cassation; mais, pour pouvoir se consacrer entièrement à l'oeuvre capital qu'il a entreprise, M. Demolombe n'a pas hésité à refuser cette éminente position.

Le Cours de droit civil est à la fois un livre de science et de pratique; il s'adresse à la magistrature et au barreau, comme aux écoles. Cette double destination donne à cette oeuvre un caractère tout particulier.

Les recueils de jurisprudence s'empressent de le citer; mais, comme leurs citations se rapportent en général à l'édition originale, nous avons cru faire chose utile, pour nos lecteurs, en indiquant, en tête de nos pages, la pagination correspondante de l'édition française. Ainsi: P., t. Ier, 4—6 signifie: édition de Paris, tome Ier, p. 4 à 6.

EN VENTE:

Tome I. — De la Publication, des Effets et de l'Application de lois en général, de la Jouissance et de la Privation de droits civils, des Actes de l'état civil, du Domicile et de l'Absence. (Tomes I. et II. de l'édition française.)

Tome II. — Du Mariage et de la Séparation de corps. (Tomes III. et IV. de l'édition française.)

Tome III. — De la Paternité et de la Filiation, de l'Adoption et de la Tutelle officieuse et de la Puissance paternelle. (Tomes V. et VI. de l'édition française.)

Tome IV. — De la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation, de la Majorité, de l'Interdiction, du Conseil judiciaire et des Individus placés dans un établissement public ou privé d'aliénés. (Tomes VII. et VIII. de l'édition française.) Suivi d'une table analytique des quatre premiers volumes.

Tome V. — De la Distinction des biens, de la Propriété, de l'Usufruit, de l'Usage et de l'Habitation. (Tomes IX. et X. de l'édition française.)

Tome VI. — Des Servitutes ou Services fonciers. (Tomes XI. et XII. de l'édition française.)

Tome VII. — Des Successions. (Tomes XIII. et XIV. de l'édition française.)

Tome VIII. — Des Successions. (Tomes XV. à XVII. de l'édition française.)

Tome IX. — Des Donations entre-vifs et des Testaments. (Tomes XVIII. et XIX. de l'édition française.)

Tome X. — Des Donations entre-vifs et des Testaments. (Tomes XX. et XXI. de l'édition française.)

Tome XI. — Des Donations entre-vifs et des Testaments. (Tomes XXII. et XXIII. de l'édition française.) Suivie d'une table alphabètique et analytique des Tomes IX., X. et XI.

Tome XII. — Des Contrats et des Obligations conventionelles en general. Premiere partie. (Tome XXIV. de l'édition française.)

In Folge der Preiserhöhung seitens des Verlegers kosten compl. Exemplare jetzt fl. 70 und einzelne Bände fl. 6.

Mannheim, den 16. Dezember 1868.

Buchhandlung von J. Bensheimer.





